# Der ermächtigte Minderjährige des Bürgerlichen Rechts.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde der Rechts-
und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

**Heinrich Förster**
Gerichts-Referendar aus Melle

Marburg
1930

Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G.
Bochum-Langendreer

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 11. Juli 1929.

Berichterstatter:

Herr Geheimer Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

# Inhaltsübersicht.

# Schrifttum.

## A. Kommentare und Lehrbücher:

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 12. Aufl. Berlin 1927.

Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. I, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, III. Buch: Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, (Reichsgerichtsräte — Kommentar, zit. RGR.K.) 6. Aufl. Berlin 1928.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd.: Die allgemeinen Lehren u. das Schuldrecht, 7. Aufl. Jena 1922.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 7./8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System d. deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd. Einleitung u. Allgem. Teil, Tübingen 1900. III. Bd. Rechte an Sachen u. Rechten, Tübingen 1905.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I. Bd. 2. Aufl. 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 25./29. Aufl. Marburg 1926. Sachenrecht, 22./26. Aufl. Marburg 1927. Familienrecht, 15./17. Aufl. Marburg 1925.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. München 1928.

Hoffmann: Kommentar der Reichsversicherungsordnung, II. Bd.: Krankenversicherung, 7. Aufl. Berlin 1927.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, I. Bd. Berlin 1902.

Leonhard, Franz: Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht, 2. Aufl. Berlin 1912.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. Bd. I: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin 1926.

Matthiaß: Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts, 6./7. Aufl. Berlin 1914.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1926.

Opet-Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1906.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1913. Familienrecht, 4. Aufl. Berlin 1924.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. I. Bd.: Allgemeiner Teil, Berlin 1899.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I u. II, 3. Aufl. Berlin 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München 1925. Familienrecht, 9. Aufl. München 1926. Erbrecht, 9. Aufl. München 1928.

Stier-Somlo: Kommentar zur Reichsversicherungsordnung, II. Buch: Krankenversicherung. Berlin 1915.

Warneyer: Kommentar zum BGB. I. Bd. Tübingen 1919. II. Bd. Tübingen 1927.

## B Einzelschriften:

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Teil. Leipzig 1903.

Dernburg: Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie, 3. Aufl. Halle 1886.

Eberhard: Randglossen zu § 113 BGB. (in: „Das Recht" 1911, S. 29).

v. Eiff: Freies Kindesvermögen nach dem BGB. (Diss. Gießen, Großsteinheim 1911).

Förtsch: Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen? (in Gruch. Beitr. 1899, S. 545ff.).

Glitsch: Der minderjährige Kaufmann. (in Ehrenbergs Handbuch d. gesamten Handelsrechts, Bd. III, Leipzig 1918).

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, gehalten 1896/97, Mannheim 1900.

Heinzerling: Handlungsfähigkeit der Minderjährigen nach gemeinem Recht. Darmstadt 1895.

Kaskel: Arbeitsrecht. 3. Aufl. Berlin 1928.

Kreller: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. (in Archiv f. d. ziv. Prax. Bd. 123, S. 263ff).

Knitschky: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Mayer: Bayerisches Gesinderecht. (in Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 65, S. 201ff).

Menger: Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. 5. Aufl. Tübingen 1927.

Molitor: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Mannheim 1924.

Pfaefflin: Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen auf Grund der §§ 112, 113 BGB. (in Gruch. Beitr. Bd. 48, S. 1ff.).

Schefold: Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Minderjährigen und das elterliche Verwaltungsrecht. BGB. §§ 112, 113, 1638, 1651. (Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 94, S. 304ff.).

S t r o h a l : Sachbesitz nach dem BGB. (in Jher. Jahrb. f. d. Dogm. d. Bürgerl. Rechts, Bd. 38, S. 1ff.).
T i t z e : Das kaufmännische Hilfspersonal. (in Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts Bd. 2, Leipzig 1918).
U l l m a n n : Einige Streitfragen aus dem Gebiet des gesetzlichen ehelichen Güterrechts. (in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92, S. 288ff.).
Z i r k e l : Die Klagebefugnis des Vaters in Ansehung des Kindesvermögens. (in Jur. Woch. 1911, S. 633ff.).

## C. Gesetzessammlungen und -entwürfe:

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich, I. Lesung, amtl. Ausg. Berlin 1888.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Reich, II. Lesung, auf amtliche Veranlassung, Berlin 1895.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1896.
Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, abgedruckt in M o l i t o r, Der Arbeitsvertrag u. der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, S. 281 ff.
Gesetzblatt f. d. Königreich Bayern 1862 Nr. 25.
Gesetz- und Verordnungsblatt f. d. Königreich Bayern 1879 Nr. 9.
Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, abgedruckt in D e r n b u r g, Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie, S. 456 ff.
K o c h : Allgemeines Landrecht f. d. preußischen Staaten, 8. Aufl. Berlin 1884.
Landrecht für das Großherzogtum Baden, Mannheim 1887.
M u g d a n : Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I: Einführungsgesetz u. Allgemeiner Teil, Berlin 1899.
Bd. IV: Familienrecht, Berlin 1899.
Regierungsblatt, Großherzoglich Badisches, 1862 Nr. XL.
Regierungsblatt f. d. Königreich Württemberg, 1865 Nr. 19 B.

## D. Oberstrichterliche Entscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 28 S. 278, Bd. 29 S. 29.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 1 S. 450, Bd. 2 S. 347, Bd. 22 S. 161, Bd. 30 S. 139.

§ 1.

## Die rechtliche Sonderstellung des ermächtigten Minderjährigen.

Die Besonderheit in der Rechtsstellung des ermächtigten Minderjährigen liegt darin, daß einem solchen eine partielle Geschäftsfähigkeit eignet, die dem Minderjährigen im eigentlichen Sinne fehlt. Unter partieller Geschäftsfähigkeit soll im Rahmen dieser Abhandlung volle Geschäftsfähigkeit für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften verstanden werden. Für die außerhalb dieses Umkreises fallenden Rechtsgeschäfte bleibt es bei den Bestimmungen der §§ 106 bis 111 BGB., wonach der Minderjährige in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und zu seinen Willenserklärungen — mit Ausnahme derjenigen, durch welche er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, — der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Minderjährig i. S. des BGB. ist, wer das siebente, aber noch nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat (§ 106) i. V. m. § 2 BGB.). Für Personen, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, hat das Gesetz keinen besonderen technischen Ausdruck. Es sagt von ihnen nur, daß sie geschäftsunfähig seien (§ 104, Ziff. 1 BGB.). Ihre Willenserklärungen sind schlechthin nichtig (§ 105, I BGB.). Diese Personen kommen für unsere Abhandlung nicht in Betracht, ebenso auch nicht diejenigen, bei welchen mit der Vollendung des 21. Lebensjahres Volljährigkeit eingetreten ist (§ 2 BGB.), oder die durch die Volljährigkeitserklärung die rechtliche Stellung eines Volljährigen erlangt haben (§ 3 BGB.). Wir haben es lediglich mit dem Minderjährigen zu tun, und zwar demjenigen, der mit partieller Geschäftsfähigkeit ausgestattet ist. Diese erlangt er durch Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters. Partielle Geschäfsfähigkeit des Minderjährigen durch Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters kennt das Gesetz in zwei Fällen:

1. Die mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Minderjährigen vom gesetzlichen Vertreter erteilte Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts macht den Minderjährigen unbeschränkt geschäftsfähig für solche Rechtsgeschäfte, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt (§ 112 BGB.).

2. Durch die dem Minderjährigen von seinem gesetzlichen Vertreter erteilte Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, wird der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. (§ 113 BGB.).

Innerhalb des Rahmens dieser Materie soll sich unsere Abhandlung bewegen. Eine Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung der oben unter 1 und 2 genannten Ermächtigungen soll der Behandlung der Einzelfragen vorausgehen.

§ 2.

## Geschichtliche Entwicklung, rechtliche Natur und praktische Würdigung der Ermächtigungen der §§ 112, 113.

Schon nach dem früheren gemeinen Recht wurde der minderjährige Haussohn, der die allgemeine Einwilligung seines Vaters erlangt hat, ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, durch alle Geschäfte, die zu diesem Betriebe gehören, vollwirksam verpflichtet. Es war dies ein gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht,[1]) dem in einzelnen Ländern auch gesetzgeberisch Ausdruck verliehen wurde.

So bestimmte das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. Juni 1794 (I. 5. § 20), daß Pflegebefohlene, welche unter vormundschaftlicher Genehmigung eine eigene Wirtschaft angestellt haben, auch ohne Beitritt des Vormunds durch Verträge verpflichtet werden, welche zur Führung dieser eigenen Wirtschaft unmittelbar gehören.

Diese Bestimmung des ALR. wurde durch das weiter unten erwähnte preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 aufgehoben [2]).

Der Art. 7 des bayerischen Einführungsgesetzes zum (alten) Handelsgesetzbuches vom 10. November 1861 verordnete, daß die Minderjährigen, welche nach bürgerlichem Rechte zum Betriebe eines Handelsgewerbes befugt sind, rücksichtlich aller auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezüglichen Geschäfte und Rechtshandlungen für großjährig erachtet werden sollen [3]).

In ähnlicher Weise wurden durch Art. 3 Ziff. 1 des württembergischen Gesetzes vom 30. Juni 1865 betr. die Herabsetzung des Alters der Volljährigkeit [4]) Minderjährige, welche ein Geschäft selbständig betrieben und die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters erlangt hatten, durch Verträge, welche diesen Geschäftszweig betrafen, verpflichtet.

Auch auf dem Gebiete des französischen Rechts ergingen Bestimmungen dieser Art. Nach Art. 2 des badischen Einführungsgesetzes zum (alten) Handelsgesetzbuch vom 6. August 1862 [5]) wird ein Minderjähriger, wenn er zum Betrieb des Handelsgewerbes ausdrücklich ermächtigt ist, in Bezug auf alle seine Rechtsgeschäfte für volljährig erachtet. Die Ermächtigung wurde von demjenigen Elternteil erteilt, welcher die elterliche Gewalt auszuüben hatte, bezw. durch den Vormund mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Ermächtigung konnte jedoch nur dann gegeben werden, wenn der Minderjährige

[1]) Heinzerling § 31.

[2]) Koch, ALR. S. 184.

[3]) Ges. Bl. f. d. Königr. Bayern 1862 Nr. 25.

[4]) Reg. Bl. f. d. Königr. Württemberg 1865 Nr. 19 B.

[5]) Großherzogl.-Bad. Reg. Bl. 1862 Nr. XL.

achtzehn Jahre alt und gewaltentlassen war. Nach Art 3 des genannten Gesetzes konnte ein gewaltentlassener Minderjähriger, der nicht Kaufmann war, einzelne Handelsgeschäfte selbständig und mit derselben Wirkung wie ein Volljähriger schließen, wenn er achtzehn Jahre alt und zu den einzelnen Geschäften in der durch Art. 2 bezeichneten Weise ausdrücklich ermächtigt war.

Eine dem Art. 2 des badischen Gesetzes ganz ähnliche Vorschrift gab das bayerische Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung vom 23. Februar 1879 in seinem Artikel 210. [6])

Von besonderem Interesse für uns ist das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, welches in seinem, die oben erwähnte landrechtliche Bestimmung I. 5. § 20 außer Kraft setzenden § 5, bestimmte, daß der Minderjährige, dem vom Vater oder unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom Vormund der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts verstattet ist, zur selbständigen Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte befugt ist, welche der Betrieb des verstatteten Erwerbsgeschäfts mit sich bringt. [7])

Aus dieser preußischen Gesetzesbestimmung ist die Vorschrift des § 112 unseres BGB. geschöpft. Die Ermächtigung des BGB. zum Geschäftsbetriebe ist aber, abweichend von der preußischen Gesetzesbestimmung, an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch dann gebunden, wenn sie vom Inhaber der elterlichen Gewalt ausgeht. Man hat dies für wünschenswert gehalten, um das Vorhandensein der privatrechtlichen Selbständigkeit des Minderjährigen auch in diesem Falle durch einen behördlichen Mitwirkungsakt außer Frage zu stellen. Auch würde, falls der Inhaber der elterlichen Gewalt zu seiner Ermächtigung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht bedürfe, leicht Gefahr vorhanden sein, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt den Geschäftsbetrieb lediglich als Deckmantel für die eigene Geschäftsführung zum Nachteile der Gläubiger verwende. [8])

Die dem Minderjährigen durch die Vorschrift des § 112 BGB. eingeräumte Rechtsstellung beruht auf einer kraft Gesetzes erweiterten Geschäftsfähigkeit. Auf diesem Standpunkt stand schon der I. Entwurf. [9]) Ein anderer ebenfalls gangbarer Weg wäre der gewesen, die Ermächtigung als eine im voraus erteilte allgemeine Einwilligung (Generalkonsens) aufzufassen, welche die Zustimmung zu den einzelnen Rechtsgeschäften in sich schlösse und deshalb eine Wiederholung dieser Zustimmung im Einzelfalle überfüssig machen würde. Aber gegen diese Auffassung machten sich die Bedenken bemerkbar, „daß dann der gesetzliche Vertreter jederzeit in der Lage wäre, die wirksame Vornahme einzelner in den Kreis des gestatteten Betriebes fallende Geschäfte durch seinen Widerspruch ausschließen zu können“, ferner, „daß der Minderjährige in Ansehung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte, die nur kraft des erteilten Kon-

---

[6]) Ges.- u. Verordnungsbl. f. d. Königr. Bayern 1879 Nr. 9.

[7]) Dernburg, Vormundschaftsrecht, § 44 u. S. 457.

[8]) Mugdan I S. 431.

[9]) Mugdan I S. 430.

senses als wirksam abgeschlossen zu betrachten sein würden, nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung nicht prozeßfähig wäre, während die Einräumung der Prozeßfähigkeit mit der Erweiterung des Geschäftsfähigkeit Hand in Hand gehen muß, wenn nicht die mit der letzteren verbundenen Vorteile in der Hauptsache wieder verloren gehen sollen". [10]) Aus diesen Erwägungen heraus kam man zu der Annahme einer kraft Gesetzes erweiterten Geschäftsfähigkeit, ohne dem Gedanken eines Generalkonsenses überhaupt erst näher zu treten, was, wie wir weiter unten sehen werden, bei der Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, der Fall gewesen ist.

Der Vorläufer der Bestimmung des § 113 BGB. ist ebenfalls ein gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht. Wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung gegeben hatte, daß der Minderjährige sich als Dienstbote verdinge, so war der Minderjährige befugt, Dienstbotenverträge gleicher Art vollwirksam abzuschließen, ohne dazu immer erst einer neuen Einwilligung zu bedürfen. Es ist aber zu beachten, daß dieses Gewohnheitsrecht sich nur auf Dienstbotenverträge, nicht auf Dienstverträge im allgemeinen bezog. [11])

Abgesehen von dieser gewohnheitsrechtlichen Übung hat sich auch der Gesetzgeber einzelner Staaten des erwähnten Grundsatzes angenommen.

Nicht ausdrücklich auf Dienstverträge bezieht sich die Vorschrift des preußischen Landrechts (I. 5. § 21), nach welcher Pflegebefohlene, welche unter vormundschaftlicher Genehmigung sich zu einem gewissen Zweck oder Geschäft bestimmt haben, fähig sind, alle Verträge zu schließen, welche sie ohne diese Bestimmung nicht schließen könnten. Daß man mit dieser Vorschrift hauptsächlich Dienst- und Arbeitsverträge im Auge hatte, geht aus dem Umstand hervor, daß sie durch eine Bestimmung des bereits erwähnten preußischen Gesetzes vom 12. Juli 1875 aufgehoben wurde, wo ausdrücklich „Dienst und Arbeit" statt „gewissen Zwecke oder Geschäfte" gesagt wird. [12])

Das oben schon erwähnte württembergische Gesetz betr. die Herabsetzung des Alters der Volljährigkeit bestimmte in seinem Art. 3 Ziff. 2, daß Minderjährige, die nicht mehr in der Verpflegung und dem Unterhalt ihrer Eltern oder ihrer Pfleger stehen, sich durch Dienstverträge verpflichten können, soweit es sich dabei bloß um ihre persönlichen Dienstleistungen handelt und die übernommenen Verpflichtungen den regelmäßigen, nach örtlichem bezw. gewerblichem Herkommen zu bemessenden Umfang nicht überschreiten. Eine Verdingung des Minderjährigen war dann ausgeschlossen, wenn sie ihm vom Vater oder Vormund untersagt und dies dem anderen Vertragsteil zur Zeit des Vertragsschlusses bekannt war. [13])

Eine nicht nur auf Dienstverträge sich beziehende Bestimmung hatte Baden in seinem Landrecht im Satz 1124 b getroffen, wonach ein Vollmündiger

---

[10]) Mugdan, Motive I S. 430, 431.

[11]) Heinzerling § 32.

[12]) Koch, ALR. S. 184.

[13]) Württ. Reg. Bl. Nr. 19 B 1865.

(die Vollmündigkeit dauerte vom 16. bis 21. Jahre), der sich selbst überlassen war, alle für seinen Unterhalt und Beruf geeigneten Verträge schließen konnte, vorbehaltlich der Umstoßung im Verletzungsfalle und der besonderen Anstaltsgesetze, denen er etwa unterworfen war. [14])

Preußen regelte diese Materie in dem vorerwähnten Gesetz vom 12. Juli 1875 und bestimmte im § 6 dieses Gesetzes, der die vorerwähnte Bestimmung des Landrechts (I. 5. § 21) aufhob, daß der Minderjährige, dem Vater oder Vormund die Genehmigung erteilt hat, in Dienst oder Arbeit zu treten, selbständig zur Eingehung und Auflösung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen der genehmigten Art befugt sei. [15]) An diese preußische Gesetzesvorschrift schließt sich die Bestimmung des § 113 BGB. an. Der I. Entwurf gründete in seinem § 68 (jetzigen § 113) im Gegensatz zu § 67 (jetzigen § 112) die dem Minderjährigen eingeräumte selbständige Stellung nicht auf eine kraft Gesetzes erweiterte Geschäftsfähigkeit, sondern auf einen vom gesetzlichen Vertreter erteilten Generalkonsens. Es stehen daher die Motive [16]) auf dem Standpunkt, daß der gesetzliche Vertreter in der Lage sei, jederzeit an Stelle des Minderjährigen tätig zu werden, und daß dem Minderjährigen in Ansehung der von ihm eingegangenen Verträge die Prozeßfähigkeit fehle. Diese Gestaltung wurde als für das praktische Bedürfnis ausreichend erachtet.

Die zweite Kommission stellte sich schließlich auf den Standpunkt, dem Minderjährigen die Prozeßfähigkeit nicht zu versagen, und es wurde der § 87 E. II (jetziger § 113) in seiner Fassung: „durch die Erlaubnis wird der Minderjährige für die aus diesen Rechtsgeschäften sich ergebenden Streitigkeiten nicht prozeßfähig“ dahingehend abgeändert, daß das „nicht“ vor „prozeßfähig“ gestrichen wurde. Es wurde dann der Redaktionskommission anheimgegeben, die Fassung des § 87 (jetzigen § 113) der des § 86 (jetzigen § 112) anzugleichen. [17]) Diesem Verlangen ist stattgegeben worden. Der Entwurf in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage gibt sowohl in der Bestimmung des § 108, (jetzigen § 112) als auch in der des § 109 (jetzigen § 113) dem Minderjährigen unbeschränkte Geschäftsfähigkeit für die Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt bzw. welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Der § 109 der Reichstagsvorlage stimmt, was die Ermächtigung und die daraus entspringende unbeschränkte Geschäftsfähigkeit betrifft, wörtlich mit der Bestimmung unseres § 113, I überein.

Die oben angestellte geschichtliche Betrachtung zeigt, daß das Bestreben, den Minderjährigen für gewisse Arten von Rechtsgeschäften freier zu stellen,

---

[14]) Landrecht f. d. Großherzogtum Baden nebst Handelsgesetzen, Karlsruhe 1814.

[15]) Dernburg, Vormundschaftsr. § 44 u. S. 457.

[16]) Mugdan I S. 432.

[17]) Mugdan, Protokolle I S. 683/84.

auch schon vor der Geltungszeit unseres bürgerlichen Rechts vorhanden gewesen ist. Es ist dieses Rechtsinstitut die Erfüllung einer Forderung des Verkehrslebens gewesen, welches mit seiner in der neuen und neuesten Zeit schärfer werdenden Intensität die Daseinsberechtigung und Bedeutung dieser beiden Gesetzesbestimmungen immer deutlicher in die Erscheinung treten läßt. Man wird sich aber nicht verhehlen können, daß die Bestimmung des § 113 BGB. an praktischer Bedeutung die des § 112 BGB. bei weitem überragt. Man wird zugeben müssen, daß die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, ungleich häufiger erteilt werden wird als diejenige zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts. Man denke an das Heer von Minderjährigen, die als Arbeitnehmer in Industrie und Landwirtschaft auftreten, an die vielen minderjährigen Handlungsgehilfen und Hausangestellten; man denke ferner daran, wie oft es vorkommt, daß die genannten Personen weit entfernt vom Wohnort ihres gesetzlichen Vertreters ihrer Beschäftigung nachgehen, daß sie einer gewissen Selbständigkeit dringend bedürfen und in ihren Rechtshandlungen gerade bezüglich ihres Dienst- oder Arbeitsverhältnisses nicht mehr abhängig sein können von der Einwilligung oder Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters.

Wenn wir nun auch gesehen haben, wie unzählig oft im Verkehrsleben der ermächtigte Minderjährige des § 113 in die Erscheinung tritt, so soll doch der Ermächtigung des § 112 nicht jede Bedeutung abgesprochen werden. Es kommen Fälle vor, in denen Minderjährige berufen sind, ein ihnen etwa durch Erbgang vom Vater überkommendes Geschäft oder eine Gutswirtschaft weiter zu führen. Sicherlich aber gibt es bei weitem nicht so viele minderjährige Gewerbsleute wie minderjährige Arbeitnehmer. Insofern schon übertrifft die Bestimmung des § 113 die des § 112 an praktischer Bedeutung. Hinzu kommt noch, daß in manchen Fällen die Ermächtigung des § 112 dem Minderjährigen zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes gar nicht die genügende Selbständigkeit verleiht, denn die Geschäftsfähigkeit des nach § 112 ermächtigten Minderjährigen erstreckt sich nicht auf Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Diese Rechtsgeschäfte sind bezeichnet für den Vertreter kraft elterlicher Gewalt im § 1643, I BGB., für den Vormund in den §§ 1821, 1822. Darauf wird später zurückgekommen werden. Inwieweit die praktische Bedeutung der Ermächtigung des § 112 durch diese Einschränkung beeinflußt wird, mag hier dahingestellt bleiben; erwähnt soll an dieser Stelle nur werden, daß es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die für den Betrieb eines größeren Erwerbsgeschäftes eine nicht untergeordnete Bedeutung haben. Unzweifelhaft aber steht fest, daß die Ermächtigung des § 113 schon durch die Häufigkeit ihrer Erteilung die des § 112 an praktischer Bedeutung übertrifft.

§ 3.

# Die Ermächtigungen der §§ 112, 113 BGB.

## I. Die Ermächtigung des § 112.

### A. Die Erteilung der Ermächtigung.

Die Erteilung der Ermächtigung des § 112 erfolgt seitens des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen. Als solcher kommt zunächst der Inhaber der elterlichen Gewalt in Frage. Steht der Minderjährige nicht unter elterlicher Gewalt, oder sind die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt, so erhält der Minderjährige einen Vormund, der dann als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen erscheint (§ 1793 BGB.). Schließlich kann als gesetzlicher Vertreter noch der Pfleger gemäß § 1915 BGB. in Frage kommen, der für solche Angelegenheiten des unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen zu bestellen ist, an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund verhindert ist.

Die Ermächtigung selbst ist eine dem Minderjährigen gegenüber abzugebende Willenserklärung. An eine bestimmte Form ist sie nicht gebunden. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie stillschweigend erteilt werden kann.[18]) Dem steht schon der Umstand entgegen, daß zu einer rechtsgültigen Erteilung der Ermächtigung in jedem Falle die Genehmigung des Vermundschaftsgerichts treten muß, also ein behördlicher Akt erforderlich ist.[19]) Daraus ergibt sich, daß der Erteilung der Ermächtigung nicht der Umstand gleichsteht, daß der Minderjährige mit Wissen und ohne Einspruch des gesetzlichen Vertreters analog der Bestimmung des § 1405, II BGB. das Erwerbsgeschäft betreibt. Hätte das Gesetz dies aber zulassen wollen, so hätte es einer diesbezüglichen besonderen Gesetzesvorschrift in der Art des § 1405, II BGB. bedurft.[20])

Die Erteilung der Ermächtigung steht im freien Belieben des gesetzlichen Vertreters, sie kann von ihm nicht erzwungen werden. Verweigert er sie, so hat es dabei sein Bewenden; das Vormundschaftsgericht kann sie nicht ersetzen, was bei der Erteilung der Ermächtigung des § 113 möglich ist.

Zu der Erteilung der Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter wie auch zur Zurücknahme der Ermächtigung muß zum Wirksamwerden die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts treten, die auch dann unentbehrlich ist, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt die Genehmigung erteilt. Man hat es für wünschenswert gehalten, die privatrechtliche Selbständigkeit des Minderjährigen in Ansehung des Geschäftsbetriebs auch in diesem Falle durch einen behördlichen Akt außer Zweifel zu setzten, um naheliegenden mißlichen Streitig-

[18]) a. M.: Pfaefflin S. 4.

[19]) Staudinger § 112, 5.

[20]) Düringer-Hachenburg, I S. 14, 3; Lehmann-Ring §1 Nr. 16.

keiten vorzubeugen.[21]) Lediglich die Rücksicht auf den Geschäftsverkehr, das Bestreben, den Gegenkontrahenten des Minderjährigen zu schützen, hat den Gesetzgeber zur Aufstellung des Erfordernisses vormundschaftlicher Genehmigung veranlaßt, nicht, wie Menger[22]) behauptet, um dem Interesse der besitzenden Klassen gerecht zu werden, wobei allerdings gesagt werden muß, daß Mengers Ansicht sozial-politische Tendenzen zugrunde liegen.

## B. Die Folgen der Ermächtigung.

### a. Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts.

Zur Deutung des Begriffes „selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts" bedarf es zunächst der Klarstellung, was unter einem Erwerbsgeschäft i. S. des § 112 verstanden werden soll. Die Literatur drückt sich nicht immer klar genug aus. Wenn wir zunächst die Motive zur Entscheidung über diese Frage heranziehen, so bietet sich uns dort folgende Definition: „Unter Erwerbsgeschäft wird jede regelmäßige, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit verstanden, mag dieselbe im Handel, in der Betreibung einer Fabrik oder eines Handwerks, der Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes, der Landwirtschaft usw. bestehen.[23])

Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß der Begriff des Erwerbsgeschäfts weiter ist als der des Gewerbes i. S. der Gewerbeordnung und des Handelsgesetzbuchs, denn zu beiden zählt nicht die Ausübung der Landwirtschaft und zu letzterem nicht die eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes.

Sowohl das Handelsgesetzbuch als auch die Gewerbeordnung enthalten keine Bestimmungen über Minderjährige betr. eines selbständigen Gewerbebetriebes, woraus zu folgern ist, daß die Bestimmung des § 112 BGB. auch den selbständigen Betrieb eines Handelsgewerbes oder eines Gewerbes i. S. der Gewerbeordnung durch einen Minderjährigen mit umfaßt, zu welchem Schluß man umsomehr berechtigt ist, als in dem Begriff des Erwerbsgeschäftes i. S. des § 112 BGB. derjenige des Handelsgewerbes und des Gewerbes i. S. der Gewerbeordnung mit einbegriffen ist. Zudem bestimmt Art. 2 des Einführungsgesetzes zum HGB., daß in Handelssachen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches insoweit zur Anwendung kommen, als im Handelsgesetzbuch nicht ein Anderes bestimmt ist. Da für den ein Handelsgewerbe selbständig betreibenden Minderjährigen eine Bestimmung im Handelsgesetzbuch nicht enthalten ist, so kommt die Vorschrift des § 112 BGB. hierfür in Frage[24]).

Bei der Definition des Begriffes „Erwerbsgeschäft" i. S. des § 112 lehnen sich manche Kommentatoren[25]) an die Begriffsbestimmung an, wie sie

---

[21]) Mugdan, Motive I S. 431.

[22]) S. 113.

[23]) Mugdan, Motive I S. 430.

[24]) Düringer-Hachenburg I S. 12.

[25]) Plank § 112, 2 und § 1405, 2; Soergel § 112, 2, § 1367; Staudinger § 112, 4; § 1367, 3a; Rehbein § 104—114 Anm. C I 5a.

die Motive geben. Diese ist durchaus nicht etwa falsch, nur erscheint uns das Wort „Tätigkeit“ wenig glücklich gewählt. Es ist in seiner Bedeutung zu allgemein; Tätigkeit kommt letzten Endes überall da vor, wo der Mensch auf Erwerb ausgeht. Somit ist natürlich auch mit dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts notwendigerweise Tätigkeit verbunden; deren Erwähnung allein aber ist nicht erschöpfend für eine Begriffsbestimmung. Eine besondere Note erhält die Tätigkeit allerdings dadurch, daß sie auf „selbständigen Erwerb“ gerichtet ist; allein dies ist nur ein Attribut zu dem Begriff der Tätigkeit, die doch den eigentlichen Kern für die Begriffsbestimmung bildet. Man muß sich also nach einer deutlicheren Definition umsehen, die ohne weiteres zu einer solchen wird, wenn man „Tätigkeit“ durch „Unternehmen“ ersetzt. Letztere Bezeichnung entspricht mehr dem Sprachgefühl, welches das Subjekt eines Erwerbsgeschäfts gern mit dem Ausdruck „Unternehmer“ bezeichnet, und ebenso häufig kann man von einem Erwerbsgeschäft als einem Unternehmen reden hören. Aber was für uns maßgebend sein muß, ist, daß auch die Sprache des Gesetzes mit ihrer Gegenüberstellung von „Erwerbsgeschäften“ einerseits und „Arbeit“ andererseits [26]) für das erstere eine Definition verlangt, die es vom letzteren deutlich scheidet. „Tätigkeit“ aber eignet beiden, und es ist daher für eine begriffliche Trennung unbrauchbar, ganz abgesehen davon, daß die Begriffsbestimmung des Erwerbsgeschäfts als einer „regelmäßigen auf Erwerb gerichteten, berufsmäßig ausgeübten Tätigkeit“ [27]) auch für jeden Dienstverpflichteten zutreffen würde, dessen Erwerbstätigkeit durch das eingegangenen Dienstverhältnis vollständig in Anspruch genommen wird. [28]) Zutreffend muß man daher mit Pfaefflin [29]) die Definition des Erwerbsgeschäfts dahingehend aussprechen, daß unter letzterem jede dauernde auf Erwerb gerichtete Unternehmung zu verstehen ist, die sowohl auf dem Gebiete des Handels und Gewerbes, der Industrie und Landwirtschaft als auch dem der Kunst und Wissenschaft entfaltet werden kann. [30])

Ist nunmehr in größerem Rahmen klargestellt, was unter einem Erwerbsgeschäft zu verstehen ist, so muß jetzt, um den Begriff noch schärfer herauszuschälen, noch auf einzelne wesentliche Merkmale eines Erwerbsgeschäfts eingegangen werden. Jetzt kann auch wieder mit dem Begriff „Tätigkeit“ umgegangen werden, nämlich insofern, als festgestellt werden muß, in welcher Art diese innerhalb des Unternehmens sich abspielen muß, um dasselbe zu einem Erwerbsgeschäft zu machen.

Die Tätigkeit muß auf „Erwerb“ abgestellt sein, d. h. also, sie muß eine dauernde Einnahmequelle darstellen. Für wen oder was die Einnahmen verwendet werden, ist dabei gleichgültig; sie brauchen nicht zu egoistischen Zwecken, wie z. B. zur Bildung von Eigenkapital, verwendet werden, sie können auch wissenschaftlichen oder wohltätigen Zwecken dienstbar gemacht werden. So ist auch darin ein Erwerbsgeschäft zu erblicken, wenn jemand zum Vorteil

---

[26]) § 1367 u. §§ 112/113.

[27]) Staudinger § 112, 4.

[28]) Pfafflin S. 6.

[29]) Pfaefflin S. 5 u. OLG. Rspr. 22 S. 161.

[30]) Oertmann § 112, 4; Warneyer § 112, II.

etwa der Inneren Mission einen Handel mit erbaulichen Schriften unternimmt.[31]) Die Absicht der Gewinnerzielung stellt ein Charakteristikum des Erwerbsgeschäfts dar, nicht der Endzweck der Gewinnverwendung.

Die auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit darf der Dauer und Planmäßigkeit nicht entbehren.[32]) Dies ist das zweite wesentliche Erfordernis für ein Erwerbsgeschäft. Es darf sich nicht nur um ein einmaliges, gelegentliches Tätigwerden handeln, selbst wenn es mit Gewinnerzielung verbunden ist; ja auch dann kann man nicht von einem Erwerbsgeschäft reden, wenn die Gelegenheit zum Tätigwerden sich mehrmals wiederholt ,weil eben dann das Erfordernis der Planmäßigkeit nicht vorhanden ist. Darum ist letztere ausschlaggebender als das Erfordernis der Dauer; denn die Planmäßigkeit ist es erst, die dem bloßen Zeitbegriff der Dauer das Gepräge von Gewillkürtheit gibt.

Haben wir nun gesehen, wie die Unternehmertätigkeit sich entfalten muß, damit man ein Erwerbsgeschäft zugrundeliegend erachten kann, taucht jetzt die Frage auf, ob mit dieser Unternehmertätigkeit Kapital, bewegliche und unbewegliche Sachen verbunden sein müssen, m. a. W. ob eine materielle Grundlage vorhanden sein muß und ob sie zur Wesensbestimmung des Erwerbsgeschäfts notwendig ist.

Es muß zugegeben werden, daß gewisse Arten von Erwerbsgeschäften unbedingt eine materielle äußere Grundlage haben müssen, man muß sogar sagen, daß dies bei weitaus den meisten Erwerbsgeschäften der Fall sein wird. Ein industrielles Unternehmen, eine Handwerkerwerkstatt, ein noch so kleiner Verkaufsladen sind ohne die äußere Grundlage von Kapital, unbeweglichen Sachen (Fabrikgrundstück, Lagerräume, Verkaufsräume) und beweglichen Sachen (Handwerkszeug, Waren) nicht denkbar. Aber dennoch darf man diese genannten Erfordernisse nicht als wesensbestimmend für ein Erwerbsgeschäft ansehen. Es gibt auch Erwerbsgeschäfte, die nicht in unbeweglichen oder beweglichen Sachen eine äußere Grundlage haben müssen. Die Voraussetzung, daß einem Erwerbsgeschäft stets ein „Geschäft“ zugrunde liegen müsse,[33]) kann man nicht beistimmen. Das Reichsgericht hat sich über den Begriff „Erwerbsgeschäft“ in einer seiner Entscheidungen ausgesprochen [34]), die zwar vor der Geltungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches gefällt wurde, darum aber doch auch heute noch maßgebend sein kann, handelt es sich doch um die Definition des Erwerbsgeschäfts i. S. des § 5 des preußischen Gesetzes vom 12. Juli 1875, aus welchem der § 112 BGB. entstanden ist. Aus dieser Reichsgerichtsentscheidung, auf welche später noch einmal zurückgegriffen werden wird, interessiert an dieser Stelle nur, daß ein Erwerbsgeschäft eine äußere materielle Grundlage nicht zu haben brauche, sondern daß ein solches auch dann vorliege, wenn der Minderjährige selbständig eine künstlerische oder wissenschaft-

[31]) Oertmann § 112, 4 b.
[32]) Oertmann § 112, 4 b.
[33]) Hachenburg, Vorträge, S. 451.
[34]) RG. C. 28 S. 278.

liche Tätigkeit ohne Zuhilfenahme von Kapitalien betreibe. Also kann auch der junge Künstler, der vom Verkauf seiner Gemälde, der junge Schriftsteller, der etwa vom Schreiben von Novellen oder Leitartikeln, die er Zeitungen oder Zeitschriften zur Verfügung stellt, Einnahmen erzielt, als ermächtigter Minderjähriger i. S. des § 112 BGB., also als ein Erwerbsgeschäft selbständig Betreibender angesehen werden [35]), wobei aber unerläßliche Voraussetzung ist, daß der Minderjährige Herr seiner Arbeitskraft ist.

Die Ermächtigung des § 112 BGB. bezieht sich auf den „selbständigen" Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch den Minderjährigen. Der selbständige Betrieb durch den Minderjährigen steht im Gegensatz zu dem Betriebe im Namen des Minderjährigen, liegt also dann vor, wenn der Minderjährige das Erwerbsgeschäft selbst leitet [36]), wenn er m. a. W. der Prinzipal des Geschäfts ist [37]).

### b. Der ermächtigte Minderjährige als Kaufmann i. S. des Handelsgesetzbuchs.

Zur Frage, ob der ermächtigte Minderjährige des § 112 BGB. auch Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs sein kann, muß gesagt werden, daß zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit überhaupt nicht Voraussetzung ist. Allerdings genügt zum Erwerbe der Kaufmannseigenschaft nicht der eigene Entschluß des Minderjährigen; es genügt auch nicht der Umstand allein, daß er tatsächlich ein Handelsgewerbe betreibt. Der Minderjährige bedarf vielmehr, um Kaufmann zu werden, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters [38]).

Ermächtigt also der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts, das wegen seines Gegenstandes ein Handelsgewerbe i. S. des § 1 HGB. darstellt oder ohne diese Voraussetzung nach Art und Umfang ein solches ist (§ 2 HGB.), so ist der Minderjährige Kaufmann, wobei allerdings im letzteren Falle die Eintragung der Firma des Minderjährigen ins Handelsregister vorausgesetzt werden muß, welche Eintragung jedoch obligatorisch ist.

Wenn der Minderjährige zum Betriebe einer Landwirtschaft ermächtigt ist, so kann er die Kaufmannseigenschaft nicht erwerben, da die Landwirtschaft kein Handelsgewerbe i. S. des Handelsgesetzbuchs darstellt (§ 3, I HGB.). Ist der Minderjährige jedoch für den Betrieb einer Landwirtschaft, mit dem ein Nebengewerbe, etwa eine Zuckerfabrik, verbunden ist, ermächtigt, so ist er berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung dieses Nebengewerbes in das

---

[35]) so auch Pfaefflin S. 7.

[36]) Pfaefflin S. 6; Oertmann b 112, 4a.

[37]) Planck, § 1367, 2b.

[38]) Düringer-Hachenburg I, Einleitung Anm. 102.
Glitsch in Ehrenbergs Handb. Bd. II S. 189.

Handelsregister herbeizuführen (§ 3 II HGB.). Dieses Nebengewerbe gilt dann auch als Handelsgewerbe i. S. des HGB., und in Bezug darauf hat dann der Minderjährige auch die Kaufmannseigenschaft. Zu bemerken ist hierzu noch, daß der Minderjährige die Anmeldung zum Handelsregister in Ansehung des Nebengewerbes auch ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters wird vornehmen können, da man sie zu den Rechtsgeschäften rechnen kann, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt.

Ist der Minderjährige Vollkaufmann, d. h. geht sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so hat er auch die Pflichten eines Vollkaufmanns, insbesondere die, Handelsbücher zu führen. Auch ist zu beachten, daß hinsichtlich einer Vertragsstrafe, die von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. nicht zur Anwendung gelangen kann. (§ 348 HGB.).

### c. Der Geschäftskreis des ermächtigten Minderjährigen.

Durch die Ermächtigung wird der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig für solche Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit bezieht sich also nur auf einen Kreis von Geschäften, während im übrigen der Minderjährige beschränkt geschäftsfähig bleibt.

Welche Geschäfte nun der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, läßt sich seinem ganzen Umfang nach im voraus nicht bestimmen; denn diese Rechtsgeschäfte sind natürlich je nach der Art des konkreten Geschäftsbetriebes sehr verschieden [39]) und können daher nur nach der konkreten Natur des Geschäftsbetriebes unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der Umstände des einzelnen Falles festgelegt werden [40]). Allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen, doch wird man in abstracto wohl den An- und Verkauf von Rohmaterialien, Fertigfabrikaten, das Mieten von Lagerräumen [41]), das Anstellen von Hilfskräften hierher zählen können [42]). Nicht zu den Rechtsgeschäften, die der Betrieb mit sich bringt, gehört natürlich der Verkauf des Geschäfts, denn der Minderjährige ist zum „Betrieb“ ermächtigt; diesen aber würde er für seine Person durch den Verkauf unmöglich machen.

Ein Rechtsgeschäft stellt sich dann als ein in Ausübung des Erwerbsgeschäft vollzogenes dar, wenn seine objektive Zugehörigkeit zum Geschäftsbetrieb feststeht. Darauf, ob der Minderjährige subjektiv das Rechtsgeschäft in dieser Richtung vorgenommen hat, kommt es nicht an. Wenn also ein minderjähriger Feinkosthändler eine Kiste Apfelsinen bei seinem Lieferanten kauft,

---

[39]) Staudinger § 113, 3.

[40]) Rehbein §§ 104—113 Anm. C. 1 5a; RGR. K. § 112, 1, Pfaefflin S. 9.

[41]) Aber nicht der Kauf eines Lagerplatzes, § 112 I S. 2 i. V. m. § 1821 Ziff. 4.

[42]) s. Beispiele bei Cosack, § 80, 4, d I 1.

so fällt dieser Kauf in den Kreis der Rechtsgeschäfte des § 112 BGB., mag auch die subjektive Willensrichtung des Minderjährigen dahingehen, die Apfelsinen für seinen privaten Bedarf zu kaufen. Denn dieser Akt hat die erforderliche objektive Zugehörigkeit zu dem ermächtigten Geschäftsbetriebe, auf die subjektive Willensrichtung des Minderjährigen kommt nichts an. Liegt nun aber umgekehrt ein Geschäftsakt vor, der objektiv nicht in den ermächtigten Geschäftsbereich fällt, so kann man ihn nicht darin einbeziehen, auch wenn die subjektive Willensrichtung des Minderjährigen dahin ging und er das Rechtsgeschäft vielleicht auch dem anderen Vertragsteil als in seinen Geschäftsbetrieb fallend bezeichnete. Es hieße die Wirkung der Ermächtigung ohne Maß und Ziel ausdehnen, wenn man annehmen wollte, jedes von dem Minderjährigen vorgenommene Rechtsgeschäft wäre gültig, falls nur der Minderjährige beim Vertragsschluß es seinem Vertragsgegner ausdrücklich als für den Geschäftsbetrieb bestimmt hinstelle [43]). Allerdings würde die gegenteilige Meinung dem Verkehrsinteresse entgegenkommen und dem Vertragsgegner des Minderjährigen höchst willkommen sein, eine solch extensive Auslegung des § 112 BGB. aber würde schon dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung zuwiderlaufen.

Ist der Minderjährige Kaufmann, so vereinfacht sich die Sachlage durch die Vermutung des § 344 HGB., nach welcher Vorschrift der Vertragsgegner im Zweifel bis zum Gegenbeweise annehmen kann, daß das von dem Minderjährigen vorgenommene Rechtsgeschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, soweit das nicht offensichtlich unmöglich ist.

### $\alpha$) Fällt die Besorgung des Lebensunterhalts in den Geschäftskreis des ermächtigten Minderjährigen?

Bestritten ist die Zugehörigkeit solcher Rechtsgeschäfte zu § 112 BGB., die der ermächtigte Minderjährige zu seinem Lebensunterhalt vornimmt. Die Frage ist von praktischer Bedeutung für die dank der Ermächtigung selbständige Stellung des Minderjährigen, und man wird letzterer und damit auch dem Verkehrsinteresse natürlich am besten gerecht, wenn man die Frage einfach bejaht [44]). Aber damit setzt man sich in Widerspruch zu dem Wortlaut des Gesetzes. Es ist sehr zweifelhaft, ob die Besorgung des Lebensunterhalts uneingeschränkt zu den Rechtsgeschäften gehört, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Es ist kein Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb in solchen Rechtsgeschäften zu erblicken, durch die der Minderjährige sich Kleider verschafft, eine Privatwohnung mietet, eine Köchin, einen Hausarzt annimmt, Theaterbillets kauft, wenngleich behauptet wird, daß der Geschäftsbetrieb es auch mit sich bringe, daß der Geschäftsinhaber sich anzieht, daß er wohnt, ißt, sich gesund

[43]) Dagegen auch Oertmann § 112, 5a $\alpha$ und Planck § 112, 2. a. M.: Pfaefflin S. 11.

[44]) so RGR. K. § 112, 2 uneingeschränkt; Rehbein §§ 104—115 Anm. I. 5a mit näherer Begründung.

erhält, sich erholt [45]). Freilich gehören zu dem Betriebe des Erwerbsgeschäfts nicht nur die Rechtsgeschäfte, die für einen solchen unmittelbar notwendig sind, sondern es genügt auch ein mittelbarer Zusammenhang, wie es bei den sogenannten oben bereits erwähnten gewerblichen Hilfsgeschäften (Ladenmiete, Anstellung von Hilfskräften) der Fall ist. Andere Rechtsgeschäfte in diesen Kreis einzubeziehen, ist abwegig. Freilich wird man unter Umständen die Besorgung des Lebensunterhalts in Zusammenhang mit dem Erwerbsgeschäft bringen können. Eine Geschäftsreise z. B. ohne Aufwendung von Zehrungskosten ist schlechterdings nicht denkbar. Es ist also nicht so ganz abwegig, die Besorgung des Lebensunterhalts dann zu den Rechtsgeschäften des § 112 zu rechnen, wenn die Besorgung nach Lage der Umstände erforderlich und mit dem Betriebe des Erwerbsgeschäfts unzertrennlich verbunden ist, [46]) wie es bei dem genannten Beispiel der Geschäftsreise zutrifft. Andere zu privaten Zwecken eingegangene Rechtsgeschäfte, zumal soweit sie Luxusausgaben darstellen, wie z. B. das Halten einer Köchin, das Kaufen von Theaterbillets, werden keinesfalls durch § 112 gedeckt. Hier allerdings die Grenze zu ziehen, dürfte oftmals schwierig sein, wie Oertmann [47]) auch einräumt.

Es muß also nach einem geeigneten Ausweg gesucht werden, um diesen Schwierigkeiten zu entgehen und zugleich dem Verkehrsinteresse gerecht zu werden. Denn die Stichhaltigkeit der Gründe, die Rehbein [48]) gegen die Ansicht, daß die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen sich nicht auf das erstrecke, was er zu seinem Lebensunterhalt brauche, ins Feld führt, ist nicht zu verkennen. Es würde tatsächlich die selbständige Stellung des ermächtigten Minderjährigen in unerwünschter Weise einschränken, wenn er Rechtsgeschäfte, die seinen Lebensunterhalt betreffen, nicht selbständig abzuschließen vermöchte. Es wäre wirklich eine seltsame Erscheinung, wenn der minderjährige Eigentümer eines Landguts, dessen selbständige Bewirtschaftung ihm gestattet ist, nicht Rechtsgeschäfte für seinen eigenen Unterhalt abschließen könnte, wo er es doch für den Unterhalt des Gesindes kann. Aber man darf deshalb doch nicht unter Mißachtung des Wortlauts des § 112 zu dem Schluß gelangen, daß die Rechtsgeschäfte zur Besorgung des eigenen Lebensunterhalts in den Kreis der durch § 112 festgelegten Geschäfte fallen. Vor allzu extensiven Gesetzesauslegungen muß man sich hüten, auch wenn man dadurch vielleicht dem Verkehrsinteresse entgegenkommen sollte. Eine derartige Ausdehnung der Geschäftsfähigkeit hat auch der Gesetzgeber gar nicht gewollt. Die zweite Kommission lehnte einen Antrag ab, hinter den § 67 (jetzigen § 112) eine Vorschrift aufzunehmen, dahingehend, daß ein Minderjähriger, der mit Einwilligung sei-

---

45) Cosack a. a. O.

46) Dieser Ansicht sind: Oertmann § 113, 5 a; Planck § 112, 2; Staudinger § 112, 3; Warneyer § 112, III. Enneccerus I, 1 § 142 Anm. 8.

47) § 112, 5 a.

48) § 104—105 C, I, 5 a.

nes gesetzlichen Vertreters sich in einer Stellung befindet, in der er das zu seinem Lebensunterhalt und seiner Ausbildung Erforderliche selbst zu beschaffen hat, nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtsgeschäften bedürfe, welche sich als zu solcher Beschaffung dienlich darstellen.[49]) Abgelehnt wurde der Antrag mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit einer solchen Vorschrift, welche dem Minderjährigen gestatten würde, zahlreiche Rechtsgeschäfte, die, jedes für sich betrachtet, sämtlich zur Beschaffung angemessenen Unterhalts erforderlich seien, hintereinander mit verschiedenen Gewerbetreibendn abzuschließen und sich hierdurch die Mittel zu beliebigen Luxusausgaben zu verschaffen. Die gleiche Gefahr nun würde vorliegen, wenn man die Rechtsgeschäfte, die der ermächtigte Minderjährige zur Beschaffung seines Unterhalts abschließt, durch die Geschäftsfähigkeit des § 112 decken wollte. Die Beschaffung des Lebensunterhalts ist also nicht in den Kreis der Rechtsgeschäfte unterzubringen, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt.

Der Gefahr einer allzu großen Beschränkung der rechtsgeschäftlichen und wirtschaftlichen Freiheit des ermächtigten Minderjährigen kann aber auf andere Weise entgangen werden. Regelmäßig bedürfte auch der ermächtigte Minderjährige zur Wirksamkeit der Verträge, die er zur Beschaffung seines Lebensunterhalts schließt, der Einwilligung bzw. Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters. (§ 107, § 108 BGB.). Daß dieser Umstand mit der im übrigen in Ansehung des Geschäftsbetriebs bestehenden Selbständigkeit nicht im rechten Einklang steht, muß zugegeben werden. Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossener Vertrag gilt aber als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung von dem gesetzlichen Vertreter überlassen worden sind (§ 110 BGB.). Das Hauptanwendungsgebiet dieser Gesetzesvorschrift bezieht sich auf Fälle, in denen Minderjährige außerhalb des Haushaltes oder Wohnsitzes ihres gesetzlichen Vertreters selbst für ihre Bedürfnisse zu sorgen haben, also auf minderjährige Studenten, Schüler, Arbeiter, Dienstboten, Soldaten.[50]) Auch der ermächtigte Minderjährige, der sein Erwerbsgeschäft in räumlicher Entfernung von seinem gesetzlichen Vertreter betreibt, kann hierher gezählt werden. Bezüglich der erforderlichen zur freien Verfügung zu stellenden Mittel mag folgendes gesagt werden:

a) Was der Minderjährige durch den ihm durch § 112 gestatteten selbständigen Betrieb erwirbt, wird freies Vermögen des Minderjährigen, d. h. ist von der elterlichen Nutznießung ausgeschlossen. Das wird vom Gesetz in eindeutiger Weise ausgesprochen (§ 1650, § 1651 Ziff. 1 BGB.). Inwieweit aber auch das elterliche Verwaltungsrecht bezüglich dieses Erwerbes als ausgeschlossen zu erachten ist, erscheint zweifelhaft.

[49]) Mugdan, Protokolle I S. 682.
[50]) Staudinger § 110, 4.
[51]) Staudinger, § 1638, 1 a; Enneccerus, Familienrecht § 80 I 2.

b) Grundsätzlich erstreckt sich die elterliche Verwaltung auf das gesamte Vermögen des Kindes, ohne Rücksicht darauf, ob dem Vater die Nutznießung daran zusteht oder nicht. Vom Gesetz ausdrücklich genannte Ausnahme stellt lediglich das Vermögen dar, hinsichtlich dessen die Verwaltung des Gewalthabers durch einen Dritten ausgeschlossen ist (§ 1638 BGB.), ferner das Vermögen, das durch den Ehemann der minderjährigen Tochter oder durch einen Testamentsvollstrecker verwaltet wird (§§ 1363, 2205 BGB.), und schließlich das Vermögen, zu dessen Verwaltung ein Pfleger bestellt ist (§ 1628 BGB.).

Wie steht es nun aber mit dem Vermögen, das dem Kinde vom Gewalthaber mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts überlassen worden ist? Auch dieses muß als der elterlichen Verwaltung entzogen betrachtet werden. Zu diesem Schluß muß man kommen mit Rücksicht auf die partielle Geschäftsfähigkeit des ermächtigten Minderjährigen für den Betrieb, zu welchem das überlassene Vermögen von ihm verwendet werden soll.[51]) Schwieriger gestaltet sich schon die Beantwortung der Frage, wie es sich mit dem elterlichen Verwaltungsrecht verhält bezüglich des Erwerbes, den der ermächtige Minderjährige aus dem Betriebe des Erwerbsgeschäftes erzielt. Nahe liegt es, auch diesen Erwerb als der elterlichen Verwaltung entzogen zu erachten, und zu diesem Schluß können auch die Motive verleiten mit ihrer Bemerkung, daß in Ansehung derjenigen Gegenstände, welche das Kind durch den ihm nach Maßgabe des § 67 (jetzigen § 112) gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäts erwirbt, auch die elterliche Verwaltung ausgeschlossen sei.[52])

Auf diesem Standpunkt ist jedoch der Gesetzgeber nicht stehen geblieben. Die zweite Kommission brachte zum Ausdruck, daß das von dem durch eine von den Eltern gestattetes selbständiges Erwerbsgeschäft Erworbene nur von der elterlichen Nutznießung, nicht auch von der elterlichen Verwaltung ausgeschlossen sein soll.[53]) Dieser sich in der Anschauung des Gesetzgebers bemerkbar machende Widerspruch findet seine Lösung bei der Betrachtung des geltenden Gesetzes: wenn der ermächtigte Minderjährige den aus den Rechtsgeschäften, in Ansehung deren er geschäftsfähig ist, gewonnenen Erwerb wieder zur Tätigung ebensolcher Rechtsgeschäfte verwendet, so darf insoweit der Erwerb nicht unter das elterliche Verwaltungsrecht fallen; denn innerhalb dieses Rahmens ist der ermächtigte Minderjährige durch seine der Ermächtigung entspringende Geschäftsfähigkeit über den Erwerb zu verfügen befugt. Um dies an einem Beispiel klarzumachen: Verwendet die zum Betrieb eines Putzmachergeschäfts ermächtigte Minderjährige den im Betriebe des Erwerbsgeschäts gemachten Erwerb wieder zum Ankauf von neuen Hüten (also zum Weiterbetriebe des Geschäfts), so ist dies ein Erwerb, über den die ins Auge gefaßte Minderjährige nach Maßgabe des § 112 selbständig zu verfügen befugt ist. Ein solcher Erwerb fällt nicht in das elterliche Verwaltungsrecht. Jeder andere Erwerb aber, der nicht zum

[52]) Mugdan, Motive IV S. 405, 410.

[53]) Mugdan, Protokolle IV S. 977.

Weiterbetriebe des Erwerbsgeschäfts verwendet wird, muß als der elterlichen Verwaltung unterliegend betrachtet werden.[54])

Auf den Teil des Erwerbes, welcher der Vermögensverwaltung unterworfen ist, finden nun die Vorschriften der §§ 1627 und 1638—1647 BGB. Anwendung. Dem Vater steht kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht zu, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, welche Tätigkeit man schlechthin Vermögensverwaltung nennt. Über den Inhalt der Vermögensverwaltung gibt es im Gesetz keine Bestimmung, doch wird man diese dahingehend charakterisieren können, daß es sich bei dieser Tätigkeit um Erhaltung, Verwertung und Vermehrung innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Schranken handelt. Geld z. B. — es soll hier besonders genannt sein, da der Erwerb aus einem Erwerbsgeschäft in der Hauptsache in Geld bestehen wird — muß der Vater nach dem für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich anlegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist. (§ 1642 BGB.)

Der Vater kann aber auch den Erwerb, den der ermächtigte Minderjährige im Betrieb seines Erwerbsgeschäfts macht und welcher der Vermögensverwaltung des Vaters unterfällt, dem Minderjährigen zur freien Verfügung überlassen[55]) (§ 1644 BGB.). Der Minderjährige wird dadurch in die Lage versetzt, die zu seinem Lebensunterhalt erforderlichen Verträge von Anfang an wirksam abschließen zu können.

Praktisch kann sich die Sache so gestalten, daß der gesetzliche Vertreter des ermächtigten Minderjährigen den Erwerb aus dem Erwerbsgeschäft seinem ganzen Umfange nach von vornherein überläßt. Im übrigen aber ist er in der Bestimmung der Höhe der zu überlassenden Mittel natürlich frei gestellt. Betreibt der Minderjährige ein gutgehendes Erwerbsgeschäft, das hohen Gewinn abwirft, dann wäre es natürlich vom Übel, dem Minderjährigen diesen ganz zu überlassen. Umgekehrt steht dem natürlich nichts im Wege, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen weitere Mittel aus dessen übrigem Vermögen zur freien Verfügung überläßt, wie auch der Vertreter aus seinem eigenen Vermögen Mittel für diesen Zweck nehmen kann.

Die praktische Folge ist, daß durch die Überlassung der Mittel durch den gesetzlichen Vertreter dieser seinen Einfluß auf die Lebenshaltung des ermächtigten Minderjährigen geltend machen kann, während man andererseits der Selbständigkeit der Stellung des Minderjährigen auf diese Weise gerecht wird.[56]) Zu beachten ist allerdings, daß in der Überlassung der Mittel nur ein Generalkonsens des gesetzlichen Vertreters betreffs der gültigen Schließung der für die

---

[54]) so auch Schefold, S. 307/08.

[55]) Bei Überlassung von Geld ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich; cf. § 1643 I und Staudinger § 1643 II 2.

[56]) Auch Biermann I § 62 Anm. 3 und Matthias S. 93 verweisen wegen der Rechtsgeschäfte betr. d. Lebensunterhalt auf § 110.

Besorgung des Lebensunterhalts erforderlichen Rechtsgeschäfte zu erblicken ist. Der Minderjährige ist also nicht etwa in Ansehung dieser Rechtsgeschäfte geschäftsfähig.[57])

**β) Erweitert die dem gesetzlichen Vertreter vom Vormundschaftsgericht gegebene allgemeine Ermächtigung des § 1825 BGB. den Geschäftskreis des ermächtigten Minderjährigen?**

Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß die Geschäftsfähigkeit des nach § 112 ermächtigten Minderjährigen sich nicht auf solche Rechtsgeschäfte erstreckt, zu deren Vornahme der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es handelt sich hier um die Rechtsgeschäfte, die in den §§ 1643, 1819—1822 des BGB. aufgezählt sind. Für diese Rechtsgeschäfte bleibt es bei den Vorschriften der §§ 107—111 des BGB., d. h. der ermächtigte Minderjährige bedarf zu ihrer Vornahme, genau wie der nicht ermächtigte, des Spezialkonsenses seines gesetzlichen Vertreters, den dieser aber auch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erteilen kann, wenn er diese Rechtsgeschäfte für den Minderjährigen wirksam vornehmen wollte.

Es ist zu beachten, daß hinsichtlich der Gebundenheit an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der Vertreter kraft elterlicher Gewalt freier gestellt ist als der Vormund. In gleicher Weise erweitert sich demzufolge die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, den der Vater ermächtigt hat, gegenüber der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, dem der Vormund die Ermächtigung erteilt hat. Der Vormund z. B. bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich eines Vertrages über den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks (§ 1821 Ziff. 4 BGB.), zu einem Pachtvertrage über ein Landgut (§ 1822 Ziff. 4 BGB.), zum Abschluß eines Vergleichs oder eines Schiedsvertrages (§ 1822 Ziff. 12), während der Vertreter kraft elterlicher Gewalt die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht braucht.

Beide aber sind an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden, wenn es sich um Verfügungen über Grundstücke handelt (§ 1821, Ziff. 1), um Aufnahme von Geld auf den Kredit des Minderjährigen (§ 1822 Ziff 8), zur Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit oder einer Verbindlichkeit aus einem anderen indossablen Papier (§ 1822 Ziff. 9), zur Eingehung einer Bürgschaft (§ 1822 Ziff. 10), zur Erteilung einer Prokura (§ 1822 Ziff. 11). Auf alle diese Rechtsgeschäfte erstreckt sich also gemäß der Vorschrift des § 112 I S. 2 die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen nicht. Der Zweck dieser Vorschrift ist, dem ermächtigten Minderjährigen Schutz gegen die Gefahren des selbständigen Geschäftsbetriebes zu gewähren,[58]) Gefahren, wie sie die Ausstellung eines Wechsels oder die Übernahme einer Bürgschaft ohne Zweifel

---

[57]) RGR. K., § 110,1.

[58]) Rehbein a. a. O.

mit sich bringt. Andererseits ist nun nicht zu verkennen, daß die Einschränkung in vielen Fällen die selbständige Stellung des ermächtigten Minderjährigen, namentlich wenn er ein Erwerbsgeschäft größeren Umfanges, etwa ein Handelsgewerbe oder eine Gutsbewirtschaftung betreibt, recht beträchtlich einengt.[59]) Das ist ohne weiteres einleuchtend, wenn man daran denkt, eine wie große Rolle im Geschäftsleben die Aufnahme von Kredit oder die Ausstellung eines Wechsels spielt.

Es liegt nun die Vermutung nahe, daß der ermächtigte Minderjährige hinsichtlich derjenigen Rechtsgeschäfte unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erlangen kann, zu welchen das Vormundschaftsgericht dem gesetzlichen Vertreter eine allgemeine Ermächtigung in Gemäßheit der §§ 1825 und 1643, III BGB. erteilen darf und erteilt hat. Es kommen hierfür namentlich die im § 1822 Ziff. 8—10 BGB. genannten Rechtsgeschäfte in Frage.

Man muß aber zu einem verneinenden Ergebnis gelangen. Der zweiten Kommission lag zwar ein Antrag vor, den Satz 2 des § 67 (jetzigen § 112) folgendermaßen neu zu fassen: „Die Ermächtigung erstreckt sich nicht auf diejenigen Rechtsgeschäfte, zu welchen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, kann aber auf dieselben insoweit ausgedehnt werden, als das Vormundschaftsgericht die in den §§ 1513, 1675 (jetzigen §§ 1643, 1825) vorgesehene allgemeine Ermächtigung dem gesetzlichen Vertreter erteilt hat“ [60]). Diesem Antrage ist nicht stattgegeben worden. Der Hinweis auf die §§ 1513, 1675 (jetzigen §§ 1643, 1825) wurde gestrichen; demgemäß befindet sich auch in dem § 112 BGB. kein Hinweis auf die §§ 1643 und 1825, sodaß man deren Anwendung im Bereiche des § 112 als ausgeschlossen erachten muß. Es bleibt also für den ermächtigten Minderjährigen bezüglich der Rechtsgeschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, bei der Bestimmung des § 112 I S. 2: die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erstreckt sich auf diese Rechtsgeschäfte nicht. Darauf, ob dem gesetzlichen Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im einzelnen Falle gegeben werden muß oder ob ihm die allgemeine Ermächtigung des § 1825 erteilt werden kann und tatsächlich erteilt ist, kommt nichts an.[61])

Auch auf andere Weise ist die Geschäftsfähigkeit des ermächtigten Minderjährigen für die im § 1822 Ziff. 8—10 angeführten Rechtsgeschäfte nicht zu erreichen. Düringer-Hachenburg[62]) sind der Meinung, man könne die allgemeine Ermächtigung auch dem Minderjährigen selbst erteilen. Aus der Streichung einer diese Möglichkeit ausdrücklich zulassenden Vorschrift im § 67 des ersten Entwurfs allein könne die Unmöglichkeit der Anwendung der

---

[59]) RGR. K. § 112, 2.

[60]) Mugdan, Protokolle I S. 682.

[61]) so auch Staudinger § 112, 3; Planck § 112, 3; RGR. K. § 112, 2; Glitsch in Ehrenb.-Handb. Bd. 2 S. 189; Loewenwarter S. 78.

[62]) HGB. Bd. I S. 98 Anm. 104, Hachenburg, Vorträge S. 452.

§§ 1643, 1825 auf den Minderjährigen selbst nicht gefolgert werden. Jedoch muß man m. E. gerade aus dieser Streichung des ausdrücklichen Hinweises schließen, daß eben die allgemeine Ermächtigung dem Minderjährigen nicht erteilt werden kann, und außerdem beschränken die §§ 1643, 1825 die Möglichkeit der Erteilung ausdrücklich auf den gesetzlichen Vertreter.

Im übrigen aber ist der Umstand, daß dem gesetzlichen Vertreter des ermächtigten Minderjährigen die allgemeine Ermächtigung erteilt ist, für den Minderjährigen nicht ohne jede Bedeutung. Der gesetzliche Vertreter muß zwar dem Minderjährigen, wenn dieser ein Rechtsgeschäft der in § 1822 Ziff. 8—10 erforderlichen Art gültig vornehmen will, seine Zustimmung bzw. Genehmigung geben; er bedarf aber, sofern ihm die allgemeine Ermächtigung erteilt ist, nicht mehr der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu jedem einzelnen Geschäftsakt, wodurch die durch die jedesmalige Einholung der Genehmigung hervorgerufene Verzögerung vermieden wird.

Bei der Erteilung der Ermächtigung hat sich das Vormundschaftsgericht von Zweckmäßigkeitsgründen leiten lassen, und zwar soll die Ermächtigung nur erteilt werden, wenn sie zum Zwecke der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts erforderlich ist (§ 1825, II BGB.). Es ist anzunehmen, daß das Vormundschaftsgericht dem gesetzlichen Vertreter eines zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigten Minderjährigen, namentlich wenn dieser ein Erwerbsgeschäft größeren Umfanges betreibt, die Ermächtigung erteilen wird. Aber viel ist darum doch nicht gewonnen. Die Notwendigkeit der Erteilung des Spezialkonsenses durch den gesetzlichen Vertreter zur gültigen Vornahme der im § 1822 Ziff. 8—10 aufgeführten Rechtsgeschäfte durch den Minderjährigen bleibt bestehen und damit auch die dadurch bedingte Einschränkung der Selbständigkeit des Minderjährigen. Diese Einschränkung muß umso hemmender ins Gewicht fallen, je größer der Umfang des von dem Minderjährigen betriebenen Erwerbsgeschäfts ist. Dem hier dringend werdenden Bedürfnis nach Abhilfe kann nur durch die Volljährigkeitserklärung des Minderjährigen, die allerdings erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres erfolgen kann, Genüge geleistet werden [63]).

## II. Die Ermächtigung des § 113 BGB.

### A. Die Erteilung der Ermächtigung.

Auch die Ermächtigung des § 113 ist wie die des § 112 eine dem Minderjährigen gegenüber abzugebende formfreie Willenserklärung. Im Gegensatz zu § 112 jedoch ist eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich [64]), es ist auch eine stillschweigende Duldung seitens des gesetzlichen Vertreters, daß der Minderjährige ein Arbeitsverhältnis eingeht, als Ermächtigung anzusehen.

---

[63]) Staudinger § 112, 3; RGR. K. § 112, 2; Planck § 112, 3.
[64]) Staudinger § 113, 7; Pfaefflin S. 4.

Die Abgrenzeung der Ermächtigung von der bloßen Einwilligung wird dadurch in manchen Fällen schwierig und nur bei Betrachtung der konkreten Umstände möglich sein.[65]) Auch die Verkehrssitte kann Aufschluß geben. Es ist z. B. in manchen Bevölkerungsschichten (namentlich bei den Industriearbeitern) üblich, daß die Kinder sofort nach Abschluß der Schulbildung „auf Arbeit" gehen. Der gesetzliche Vertreter hat vielleicht in bezug darauf gar nichts verlauten lassen, er läßt es als selbstverständlich geschehen, daß der Minderjährige ein Arbeitsverhältnis eingeht. In einem solchen Falle wird eine Ermächtigung, nicht eine bloße Einwilligung anzunehmen sein. Eine gute Handhabe zur Klarstellung im Zweifelsfalle gibt der § 133 BGB. mit seiner Bestimmung, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen ist.[66])

Bei der Erteilung der Ermächtigung des § 113 ist der gesetzliche Vertreter vollkommen freigestellt, an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist er in keinem Fall gebunden. Ja, er kann die Ermächtigung bei und nach der Erteilung in beliebiger Weise einschränken, er kann sie auch jederzeit wieder zurücknehmen, ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen zu müssen. Ist eine Ermächtigung erteilt, so gilt sie im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Arbeitsverhältnissen derselben Art. Es besteht also keine Vermutung für etwaige vom gesetzlichen Vertreter gemachte Einschränkungen.

Der gesetzliche Vertreter kraft elterlicher Gewalt kann zur Abgabe der Ermächtigung nicht gezwungen werden. Wird sie hingegen vom Vormund verweigert, so kann sie auf Antrag des Minderjährigen vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden, zu welcher Ersetzung das Vormundschaftsgericht gezwungen ist, wenn die Erteilung der Ermächtigung im Interesse des Mündels liegt (§ 113, III). Gänzlich ist ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts innerhalb des Rahmens des § 113 also doch nicht ausgeschlossen. Menger[67]) steht der Rechtsstellung des zur Eingehung von Dienst- oder Arbeitsverträgen ermächtigten Minderjährigen sehr skeptisch gegenüber; er will die betreffende Gesetzesbestimmung[68]) überhaupt gestrichen wissen und verlangt vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für die Eingehung von Dienstverträgen seitens der Minderjährigen. Denn gerade die Selbständigkeit des ermächtigten Minderjährigen hält Menger für eine große Gefahr, und er verlangt deshalb zur Milderung dieser Gefahr eine ständige Kontrolle der Arbeitsverhältnisse Minderjähriger durch das Vormundschaftsgericht. Es ist wohl nicht zu verkennen, und Menger räumt es auch ein,[69]) welche ungeheure Belastung es für die Vormundschaftsgerichte bedeuten würde, wenn zu jedem Vertrage betreffs Eingehung eines Arbeitsverhältnisses die Genehmigung des Vormundschaftsge-

[65]) [66]) Pfaefflin S. 4.
[67]) S. 113.
[68]) Es handelt sich um den § 68 E. I.
[69]) S. 112.

richts erforderlich ist, und wenn weiterhin auch noch ständige Überwachung des vom Minderjährigen eingegangenen Arbeitsverhältnisses verlangt wird. In der Forderung nach Schutz des Minderjährigen kann man Menger wohl recht geben, aber dieser Schutz kann dem Minderjährigen auch nach der gegenwärtigen Regelung der Materie auf andere Weise zuteil werden, wie weiter unten auszuführen sein wird.

## B. Die Folgen der Ermächtigung.

### a. Dienst und Arbeit im Sinne des § 113.

Die Ermächtigung des § 113 bezieht sich auf den Eintritt des Minderjährigen in „Dienst oder Arbeit", wobei dieser Ausdruck im weiteren Sinn zu verstehen ist. Es handelt sich hier ganz allgemein um die Eingehung von Arbeitsverträgen, wobei der Minderjährige als Arbeitnehmer auftritt. [70]) Der Ausdruck „Arbeitnehmer" ist nicht zu nehmen i. S. des modernen Arbeitsrechts, sondern weiter zu fassen, bezieht er sich doch in seiner an dieser Stelle gemeinten Bedeutung auch auf Personen, für die man sonst den Ausdruck „Arbeitnehmer" nicht anzuwenden pflegt, nämlich auf diejenigen, welche Dienste höherer Art i. S. des § 622 BGB. zu leisten haben.

In der Gegenüberstellung von „Dienst" und „Arbeit", wie sie sich im § 113 findet, ist Arbeit der weitere Begriff. Durch sein Vorhandensein darf man, wie Oertmann [71]) mit Recht hervorhebt, annehmen, daß der § 113 nicht auf Dienstverträge im technischen Sinn beschränkt sein soll, sondern auch auf Werk- und sonstige Arbeitsverträge erstreckt werden kann [72]).

Um zu einer einheitlichen Begriffsbestimmung zu kommen, bietet uns der Ausdruck „Arbeitnehmer" die beste Handhabe.

Die Tätigkeit des Arbeitnehmers muß in Arbeit bestehen, d. h. in bewußter, einem bestimmten Zweck dienender menschlicher Tätigkeit, die sowohl körperlicher als auch geistiger Art sein kann. Die Leistung dieser Arbeit muß auf Grund eines Vertrages erfolgen, d. h. in Erfüllung einer freiwillig in rechtsgeschäftlicher Form übernommenen obligatorischen Verpflichtung; ferner muß sich diese Arbeit als unselbständige darstellen, was so viel besagen will, als daß derjenige, der diese Arbeit leistet, hinsichtlich ihrer Ausführung den Anweisungen eines anderen zu folgen hat. Ein wesentliches Merkmal ist weiter die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung, wobei die Gewährung einer Vergütung selbstverständlich nicht in Geld zu bestehen braucht. Endlich muß die Arbeit berufsmäßig erfolgen, d. h. der allgemeinen Richtung der regelmäßigen Tätigkeit des Arbeitenden entsprechen. [73])

Aus dieser kurzen Betrachtung ergibt sich die Rechtsnatur des Dienst- und Arbeitsverhältnisses des § 113: unter beiden ist ein Arbeitsverhältnis im

---

[70]) Oertmann § 113, 4.

[71]) Oertmann § 113, 4 c.

[72]) so auch GRG. K. § 113, 4; Planck § 113, 2 a.

[73]) Zu diesen Ausführungen s. Kaskel, Arbeitsrecht, § 11.

weiteren Sinne zu verstehen, auf Grund dessen der Minderjährige entgeltliche, unselbständige, berufsmäßige Arbeit für Rechnung eines anderen verrichtet.

Nicht unter die Arbeitsverhältnisse des § 113 gehört die Übernahme von Schiffsdiensten durch den Minderjährigen, da hierfür als Sonderbestimmung der § 8 der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 in Frage kommt. Durch die nach dieser Bestimmung dem Minderjährigen vom gesetzlichen Vertreter erteilte Ermächtigung ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung von Heuerverträgen oder die Erfüllung der aus solchen Verträgen sich ergebenden Verpflichtungen betreffen.

Auch die Eingehung von Dienstverträgen öffentlich-rechtlicher Natur kann nicht Gegenstand der Ermächtigung des § 113 sein. Ganz richtig bemerkt Pfaefflin [74]), daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur Verträge privatrechtlicher Natur im Auge hat und Verhältnisse regelt, in welchen die Personen als Privatpersonen einander gegenüberstehen. Ein analoge Anwendung des § 113 auf das öffentliche Recht ist mangels ausdrücklicher Bestimmung bei der Ausnahmenatur des § 113 ausgeschlossen. [75])

Zweifelhaft ist, ob das Lehrverhältnis als Arbeitsverhältnis i. S. des § 113 angesehen werden kann.

Mancherlei Gründe sprechen gegen die Anwendung des § 113 auf die Eingehung von Lehrverhältnissen. Wie wir oben gesehen haben, muß dem Arbeitsverhältnis des Minderjährigen eine berufsmäßig ausgeübte Tätigkeit zugrunde liegen. Wer aber in die Lehre geht, übt keinen Beruf aus, sondern bereitet sich auf einen Beruf vor. [76]) Das ist wohl richtig, aber man darf m. E. das Erfordernis der Berufsmäßigkeit nicht zu streng nehmen. Eine gewisse Berufsmäßigkeit läßt sich auch der Tätigkeit des Lehrlings nicht absprechen; man kann sie gewissermaßen als das Anfangsstadium des Berufes bezeichnen.

Gewiß richtig ist auch, daß der Lehrling nicht nur als Arbeitnehmer auftritt, da er in manchen Fällen seinerseits zunächst nicht fähig ist, Arbeit zu leisten. Er versteht nichts von ihr, und es muß ihm die Ausführung derselben erst klar gemacht werden, für welche Mühewaltung der Minderjährige oftmals Lehrgeld zu zahlen hat. Hier leistet er, wie Oertmann [77]) richtig hervorhebt, weniger Arbeit seinerseits, als daß er sich Arbeit leisten läßt. Auf einen solchen Fall mag die Anwendung des § 113 ausgeschlossen sein, anders aber ist es da, wo der Vertrag unter anderen Bestandteilen auch Arbeitsleistungen des minderjährigen Lehrlings zum Gegenstand hat. Ein derartiges Lehrverhältnis will Oertmann (a. a. O.) unter die Arbeitsverhältnisse des § 113 reihen. Es fehlt aber u. E. einem solchen Vertrage noch das notwendige Moment der Entgeltlichkeit dieser Arbeitsleistungen. Nur wo diese vorliegt, kann man das

---

[74]) Pfaefflin S. 9.

[75]) ablehnend ebenso Enneccerus I, 1 § 142 Anm. 8.

[76]) so Titze in Ehrenb. Handb. Bd. 2 S. 878.

[77]) § 113, 4 c.

Lehrverhältnis im Rahmen des § 113 unterbringen. Das Gesetz sagt zwar weder bei der Regelung des kaufmännischen (§§ 76 ff. HGB.), noch in den Bestimmungen über den gewerblichen Lehrvertrag (§§ 126 ff. G. O.) etwas von Entgeltlichkeit, doch kommt eine solche, wenigstens innerhalb der kaufmännischen Lehrverhältnisse, immerhin vor [78]).

Die h. M. [79]) steht allerdings auf dem Standpunkt, daß das Lehrverhältnis auf keinen Fall zu den Arbeitsverhältnissen des § 113 zu rechnen ist, was nach dem oben Dargelegten nicht unbedingt zutrifft.

### b. Der Kreis der Rechtsgeschäfte des nach § 113 ermächtigten Minderjährigen.

Die Geschäftsfähigkeit des nach § 113 ermächtigten Minderjährigen erstreckt sich sowohl auf die Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art betreffen, als auch auf diejenigen, welche die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen mit sich bringt. Zu den rechtsgeschäftlichen Akten der ersteren Art gehört insbesondere der Abschluß des Arbeitsvertrages und seine Kündigung. Mit der Erfüllung der sich ergebenden Verpflichtungen sind nicht nur die Erfüllungshandlungen des Minderjährigen selbst, die sich im wesentlichen in der Leistung der Arbeit unter Geltung der allgemeinen Regeln über Treu und Glauben und Vertretbarkeit hinsichtlich unterbleibender oder mangelhafter Erfüllung erschöpft, gemeint, sondern auch die Annahme von Verpflichtungshandlungen von seiten des Vertragsgegners, als da sind: den Lohn einzuziehen, notfalls einzuklagen, den Lohnschuldner zu mahnen, beim Vorliegen einer Wahlschuld das Wahlrecht auszuüben, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, Vergleiche zu schließen usw. [80])

Was ist nun aber unter dem Ausdruck Arbeitsverhältnisse „der gestatteten Art“ zu verstehen? Bei Beantwortung dieser Frage muß natürlich der Wortlaut der Ermächtigung berücksichtigt werden, da bei deren Erteilung dem freien Ermessen des gesetzlichen Vertreters ziemlich weiter Spielraum gelassen ist. Er kann die Ermächtigung in beliebiger Weise einschränken, welche Beschränkung sich nicht nur auf das Arbeitsverhältnis selbst, sondern auch auf die Person des Arbeitsherrn und auf die Zeitdauer des einzugehenden Arbeitsvertrages beziehen kann. [81]) Dieses kann natürlich nur im konkreten Fall einer vorliegenden Ermächtigung festgestellt werden.

Bei Entscheidung dieser Frage in abstracto muß man sagen, daß es nicht so sehr auf die Zugehörigkeit des abzuschließenden Vertrages zu diesem

---

[78]) so nach des Verfassers eigenen Erfahrungen in den kaufm. Betrieben der rheinisch-westfälischen Eisenindustrie.

[79]) Staudinger § 113, 4; Planck § 113, 2; Warneyer § 113, I.

[80]) Planck § 113, 2 c; Oertmann § 113, 5 b, 8; Staudinger § 113, 5 b.

[81]) Oertmann, § 113, 5 a; Pfaefflin S. 19.

oder jenem juristischen Typus (z. B. Dienstvertrag oder Werkvertrag) ankommt, sondern es ist mehr abzustellen auf die wirtschaftliche und gesellschaftliche Eigenart des einzugehenden Verhältnisses, wobei auf die Verkehrsauffassung entscheidender Wert gelegt werden muß. Dies ist schon aus der Sprache des Gesetzes zu schließen, welches schlicht von „Dienst oder Arbeit" spricht, eine Ausdrucksweise, die sich offenbar durch ihre Vermeidung von rein Technisch-Juristischem lediglich an die praktische Lebensauffassung richtet. So wird man sagen müssen, daß das Arbeitsverhältnis eines Dienstmädchens nicht von derselben Art ist wie das einer Privatsekretärin, auch wenn beide unter den technisch-juristischen Begriff des Dienstvertrages fallen. Geht jedoch die dem Minderjährigen erteilte Ermächtigung dahin, sich als Schreiber zu verdingen, so kann er alle diesem Zweck dienenden Stellungen übernehmen, gleichgültig, ob er festen Tagelohn bekommt oder für die Arbeitsergebnisse bezahlt wird, obwohl doch im ersteren Falle ein Dienstvertrag im letzteren ein Werkvertrag zugrunde liegt.[82])

Im übrigen aber darf der Begriff „Verhältnisse derselben Art" im § 113, IV nicht zu eng aufgefaßt werden. Ist z. B. einer Minderjährigen die allgemeine Ermächtigung erteilt, ein Arbeitsverhältnis als Dienstmädchen einzugehen, so wird sie sich auch als Kindermädchen verdingen können; denn völlige Gleichheit des einen oder anderen Arbeitsverhältnisses kann nicht verlangt werden, da eine solche in der Praxis kaum vorkommen dürfte. Der entscheidende Wert muß vielmehr auf die Gleichwertigkeit gelegt werden, d. h. die Merkmale der Ähnlichkeit müssen die der Verschiedenheit aufwiegen.[83])

Die Geschäftsfähigkeit des nach § 113 ermächtigten Minderjährigen erstreckt sich in gleicher Weise wie die des nach § 112 ermächtigten nicht auf Rechtsgeschäfte,[84]) zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es gilt hier das Gleiche, wie das für diese Rechtsgeschäfte in dieser Abhandlung unter § 3 I B c Gesagte, doch ist zu beachten, daß diese einschränkende Vorschrift des § 113 weniger einschneidend wirken dürfte als die des § 112, da von den im § 1821 BGB. genannten Rechtsgeschäften wohl keins und von denen des § 1822 BGB. nur die unter Ziff. 6 und 7 genannten in Frage kommen dürften, zu deren Vornahme aber auch nur der Vormund, nicht auch der gesetzliche Vertreter kraft elterlicher Gewalt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. (§ 1643, BGB.). Nur der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Lehrvertrage, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird (§ 1822, Ziff. 6 BGB.), und zu einem auf die Eingehung eines Dienstverhältnisses gerichteten

---

[82]) so auch Oertmann § 113, 5 a; Staudinger § 113, 5 a.

[83]) Oertmann § 113, 5 a.

[84]) Das Gesetz spricht hier versehentlich von „Verträgen", die Bezeichnung „Rechtsgeschäfte" dürfte wohl richtiger sein, wie Staudinger § 113, 5 b und Crome I S. 370 Anm. 49 bemerken.

Vertrage, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll (§ 1822 Ziff. 7 BGB.). Daß das Gesetz selbst mit der Bestimmung des § 113, I S. 2 von vornherein nur diese beiden Punkte im Auge hatte, ergibt sich daraus, daß es an genannter Stelle von „Verträgen“, statt von Rechtsgeschäften spricht.

### α) Kann der ermächtigte Minderjährige wirksam eine Vertragsstrafe ausbedingen?

Es ist nicht selten, daß der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe verspricht (§ 339 BGB.). Diese Strafe ist dann verwirkt, wenn der Schuldner in Verzug kommt. Es ist nun zweifelhaft, ob der nach § 113 ermächtigte Minderjährige eine solche Vertragsstrafe mit seinem Arbeitgeber wirksam vereinbaren kann.

Gegen die Zulässigkeit der Vereinbarung kann angeführt werden, daß in dieser regelmäßig die Verpflichtung zu einer anderen Leistung als der von Dienst und Arbeit enthalten ist. Deshalb will auch Rehbein [85]) nur eine solche Vertragsstrafe für zulässig erachten, die in Leistung von Diensten oder Arbeit besteht. Die Erfüllung der Vertragsstrafe auf diese Art und Weise ist durchaus möglich: die Strafe besteht dann eben darin, daß der Minderjährige im Verwirkungsfalle länger als gewöhnlich zu arbeiten hat (Überstunden) oder eine besondere Arbeit, die er sonst nicht hätte tun brauchen, ausführen muß. Immerhin aber muß zugegeben werden, daß eine solche Art von Vertragsstrafe außergewöhnlich ist und eine solche i. S. des Gesetzes gar nicht darstellt, da sie nach der Gesetzesvorschrift in dem Versprechen einer Geldsumme besteht. Rehbein kommt zu seiner Stellungnahme durch die Motive [86]), die auf dem Standpunkt standen, „daß der Minderjährige nicht befugt ist, einen Vertrag einzugehen, dessen Inhalt ihm Verpflichtungen auferlegt, die über die Natur der Dienst- oder Arbeitsverhältnisse hinausgreifen und welchen wegen ihrer Schwere und Eigenart im voraus zuzustimmen, der gesetzliche Vertreter nicht beabsichtigt haben kann; der Minderjährige ist danach insbesondere nicht in der Lage, sich einer Strafe für den Fall des nicht rechtzeitigen Dienstantritts usw. zu unterwerfen“. Während nun aber Rehbein aus dem Wortlaut der Motive wenigstens die Konsequenzen zieht, daß eine Verzugsstrafe soweit möglich ist, als sie in der Leistung von Dienst oder Arbeit besteht, kommt Matthieß [87]) im engsten Anschluß an die Motive zu einer vollständigen Verneinung dieser Frage.

Demgegenüber ist festzustellen, daß die Motive zur Beantwortung dieser Frage berechtigterweise nicht herangezogen werden können, ist doch der Standpunkt des geltenden Gesetzes im § 113 BGB. ein völlig anderer als der des

---

[85]) §§ 104—115 Anm. C I, 5 b.

[86]) Mugdan, Motive I S. 431.

[87]) S. 179.

I. E. § 68. Nach der Bestimmung des letzteren „bedarf" der Minderjährige „der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht", nach dem geltenden Gesetz „ist" der Minderjährige „unbeschränkt geschäftsfähig" für solche Rechtsgeschäfte, welche die Erfüllung der aus dem Arbeitsverhältnis sich ergebenden Verpflichtungen betreffen. Der zutage tretende Unterschied dokumentiert sich in der Aufgabe des Standpunktes des Generalkonsenses zugunsten des Standpunktes einer erweiterten Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen. Schon aus dem Grunde ist es abwegig, sich bei Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe durch den Minderjährigen auf die Motive zu stützen. [88]) Weiter ist zu beachten, daß bei der Betrachtung der rechtlichen Natur einer Vertragsstrafenvereinbarung letztere nicht als ein selbständiger Vertrag angesehen werden kann, selbständig gemeint in dem Sinne, daß er für sich allein bestehen könnte. Er setzt vielmehr immer einen anderen Vertrag voraus, eben den, auf dessen Erfüllung er einen gewissen Zwang ausüben und den er sicherstellen soll. Das Strafversprechen ist also eine Nebenabrede bezüglich einer Hauptobligation. Letztere ist also das Wesentliche. Es wäre nun seltsam, dem Minderjährigen, der die Geschäftsfähigkeit zum Abschluß des den Hauptvertrag darstellenden Arbeitsvertrages besitzt, die Geschäftsfähigkeit für eine diesen Vertrag betreffende und mit ihm in unmittelbarem Zusammenhang stehende Nebenabrede abzusprechen. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann daher unbedenklich zu den Rechtsgeschäften gerechnet werden, für die der nach § 113 ermächtigte Minderjährige die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit besitzt. Umso unbedenklicher kann dies geschehen, weil ja, falls der Minderjährige eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe versprochen haben sollte, diese im Verwirkungsfalle auf Antrag des Minderjährigen durch richterliches Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann. (§ 343 BGB.).

Die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe darauf abzustellen, ob solche Vereinbarungen verkehrsüblich und nicht außergewöhnlich sind, [89]) dürfte sich nicht empfehlen und zu schwierigen Unterscheidungen und Zweifeln Anlaß geben. Es besteht vielmehr nach dem oben Ausgeführten kein Grund, die Vereinbarung einer Vertragsstrafe durch den Minderjährigen nicht in jedem Falle wirksam sein zu lassen. [90])

### β) Die Geschäftsfähigkeit des ermächtigten Minderjährigen auf dem Gebiete der Reichsversicherungsordnung.

Zweifelhaft ist, ob die Geschäftsfähigkeit des nach § 113 ermächtigten Minderjährigen sich auch auf die Rechtsgeschäfte erstreckt, welche die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten auf Grund der Reichsversicherungsordnung, ins-

---

[88]) so auch Oertmann § 113, 5 b $\alpha$.

[89]) so RGR. K. § 113, 1. — Planck § 113, 2b; Oertmann § 113, 5b $\alpha$

[90]) Dafür auch Enneccerus I, 1 § 142 III 2 Anm. 11. Staudinger § 113 5a; Warneyer § 113, 2.

besondere gegenüber der Krankenversicherung betreffen. Da die Rechtsverhältnisse der Reichsversicherungsordnung öffentlich-rechtlichen Charakters sind, die Bestimmung des § 113 aber sich ausschließlich auf Privatrechtsverhältnisse bezieht, dürfte man zu dem Schluß verleitet werden, daß die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen sich nicht auf die zur Reichsversicherungsordnung gehörenden Rechtsgeschäfte erstreckt [91]).

Es ist jedoch zu beachten, daß die Grundlage der versicherungsrechtlichen Rechtsgeschäfte das privatrechtliche Arbeitsverhältnis ist, in Ansehung dessen die volle Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen besteht. Wenn nun diese die Versicherungspflicht begründet, so muß es als unangebracht erscheinen, dem Minderjährigen die Fähigkeit zur Wahrnehmung der an diese Versicherungspflicht geknüpften Rechte zu versagen, ganz abgesehen davon, daß es vom sozialpolitischen Standpunkt aus gesehen unlogisch wäre, den Minderjährigen zwar geschäftsfähig im Sinne der Betätigung innerhalb der Wirtschaft zu machen, ihn also allen Gefahren des gewerblichen oder landwirtschaftlichen Betriebes auszusetzen, ihm aber nicht alle Rechte zu gewähren, die Versicherungspflichtige allgemein haben [92]).

Man muß also zu dem Schluß kommen, daß der Minderjährige selbständig den Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht gemäß § 173 R.V.O. stellen kann, daß er, falls der Antrag abgelehnt wird, zur selbständigen Einlegung der Beschwerde befugt ist. (§ 175 II R.V.O.). Ist der Minderjährige Mitglied einer Ersatzkasse, so kann er das ihm dann zustehende Recht auf Befreiung von der Mitgliedschaft bei einer Krankenkasse selbständig geltend machen. Wollte man dem Minderjährigen die Geschäftsfähigkeit für die erwähnten versicherungsrechtlichen Rechtsgeschäfte versagen, so würde der Minderjährige oft die mit der Befreiung von der Versicherungspflicht oder der Mitgliedschaft der Krankenkasse verbundenen Vorteile entbehren, wenn der gesetzliche Vertreter entfernt wohnt oder aus irgendeinem Grunde zur Stellung des Antrages nicht gewillt, nicht geschickt oder zu säumig ist. Die Befürchtung, daß der Minderjährige mit dem Recht auf Befreiung Mißbrauch treiben könnte, wird dadurch zerstreut, daß ja nachgeprüft werden muß, ob die rechtlichen Voraussetzungen für die Befreiung vorliegen [93]).

---

[91]) Hoffmann R.V.O. § 310 Anm. 5.

[92]) Stier-Somlo, R.V.O. § 175 Anm. 2a.

[93]) Stier-Somlo R.V.O. § 175 Anm. 2a. Auch Staudinger, § 113, 5c erstreckt die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen auf das reichsversicherungsrechtliche Gebiet.

## C. Das Verhältnis zwischen § 113 BGB. und dem § 9 des Entwurfs eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.

Im Anschluß an die Bestimmung des Artikels 157 der Reichsverfassung: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“ ist ein Allgemeines Arbeitsvertragsgesetz entworfen worden. Dieser Entwurf ist bereits im Jahre 1923 veröffentlicht worden, aber weiter hat man sich mit ihm gesetzgeberisch noch nicht beschäftigt, sodaß es in Anbetracht der verstrichenen Zeit als zweifelhaft erscheinen muß, ob der Entwurf jemals zum Gesetz werden wird.

Der § 9 dieses Entwurfes zeigt eine fast wörtliche Uebereinstimmung mit dem § 113 des BGB, nur daß im Entwurf lediglich von „in Arbeit treten“ und von „Arbeitsverhältnis“ die Rede ist, wo das Bürgerliche Gesetzbuch von „Dienst oder Arbeit“ spricht. Das hängt damit zusammen, daß der Entwurf die Bestimmung seines § 9 auf „Arbeitnehmer“ beschränkt wissen will. Das Wort „Arbeitnehmer“ ist hier nicht in seiner allgemeinen Bedeutung zu verstehen, wie er in unserer Abhandlung mehrfach gebraucht worden ist, sondern i. S. des Arbeitsvertragsgesetz-Entwurfs, der in seinem § 2 den Begriff Arbeitnehmer dahingehend definiert, daß darunter Arbeiter, Angestellte und Lehrlinge zu verstehen sind. Der § 113 BGB. bliebe also in Geltung für diejenigen Minderjährigen, die unter keine der drei oben genannten Kategorien fallen. In konsequenter Durchführung dieses Gedankens müßte sich dann in dem Entwurf eine Bestimmung befinden, dahingehend, daß in dem § 113 BGB. die Worte „oder in Arbeit“ künftig wegfallen sollen, was jedoch nicht geschehen ist. (s. § 169 des Entwurfs). Das ist schon ein nicht zu übersehender Mangel des Entwurfes, ein weiterer, noch erheblicherer aber ist der, daß er die Materie des § 113 nicht überhaupt ausschließlich in seinen Bereich gezogen hat. Das hängt aber damit zusammen, daß das Verhältnis zwischen dem Arbeitsvertrag i. S. des Entwurfes einerseits und dem Dienstvertrage i. S. des Bürgerlichen Gesetzbuchs andererseits überhaupt nicht klar durch den Entwurf herausgearbeitet worden ist. Denn der Entwurf hat, abgesehen von den §§ 618 I und 627 des BGB., sämtliche Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches betr. den Dienstvertrag wiederholt, wenn auch mit teilweise recht erheblichen Aenderungen. (Vgl. z. B. §§ 105, 106 Entwurf und §§ 617, 618 BGB.) Dennoch aber ist die Regelung des Dienstvertrages neben dem Entwurf bestehen geblieben, denn der Entwurf hebt, wie aus seinem § 169 hervorgeht, die Bestimmungen über den Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht auf, woraus zu schließen ist, daß diese ihre Geltung weiter behalten sollen. Ein Versehen kann man, wie Molitor mit Recht hervorhebt [94]), dem Gesetzgeber nicht zumuten. Der bürgerlichrechtliche Dienstvertrag soll eben die Verträge umfassen,

---

[94]) S. 33.

die nicht zu den Arbeitsverträgen i. S. des Arbeitsvertragsgesetzes gehören. Bei der begrifflichen Bestimmung eines Arbeitsvertrages nach § 611 II BGB. wird man daher, falls der Entwurf in seiner gegenwärtigen Gestalt Gesetz werden sollte, Vorsicht üben müssen: Gegenstand des bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrags können daher nicht mehr Dienste jeder Art sein. Nun ist das zwar auch heute schon nicht der Fall, denn die Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag gelten nur subsidiär, soweit nicht ein Spezialgesetz in Frage kommt, wie z. B. das Handelsgesetzbuch, die Gewerbeordnung, das Binnenschiffahrtsgesetz. Nur bringen diese genannten Gesetze klare Begriffsbestimmungen bezüglich der unter sie fallenden Arbeitsverträge, ein Vorteil, der im Falle des Gesetzwerdens des Entwurfes illusorisch würde, da nach § 169 des Entwurfes gerade die diesbezüglichen Bestimmungen genannter Gesetze in Fortfall kämen. Man müßte dann, nachdem man zu der Feststellung gelangt ist, daß ein Vertrag vorliegt, durch den ein Teil sich zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt verpflichtet hat, prüfen, ob ein Arbeitsvertrag i. S. des Bürgerlichen Gesetzbuches oder ein solcher i. S. des Arbeitsvertragsgesetzes vorliegt [95]). Die Abgrenzung wird infolge der allgemeinen Natur der Bestimmungen des Arbeitsvertragsgesetzes eine außerordentlich schwerfällige und schwierige sein. Von dem Schicksal der gleichen schwierigen Prüfung wird dann, was für unsere Abhandlung besonders interessiert, auch der § 113 BGB. ereilt, der in Zukunft nur auf Arbeitsverhältnisse von minderjährigen Nichtarbeitnehmern Anwendung finden, aus dem Geltungsbereich des Arbeitsrechts aber ausgeschlossen sein würde. Das Beste wäre es, den § 9 des Entwurfes zu streichen, wie Kreller [96]) vorschlägt, was umso unbedenklicher getan werden kann, als er der Bestimmung des § 113 BGB. inhaltlich ganz gleich ist. Die sondergesetzliche Bestimmung ist mithin überflüssig.

---

[95]) Molitor S. 34, der für die erstere Kategorie die Bezeichnung „selbständiger“, für die letztere den Ausdruck „abhängiger“ Arbeitsvertrag verwendet.

[96]) in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 123 S. 267.

## III. Die Abgrenzung zwischen § 112 und 113 BGB.

Die Grenze zwischen §§ 112 und 113 BGB. ist durchaus nicht immer scharf zu ziehen, es gibt Rechtsverhältnisse, bei denen man im Zweifel sein kann, ob sie den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts i. S. des § 112 oder ein Arbeitsverhältnis i. S. des § 113 darstellen. Betreibt z. B. derjenige Minderjährige, welcher sich als Fremdenführer betätigt, ein Erwerbsgeschäft oder beruht seine Tätigkeit auf einem Arbeitsverhältnis i. S. des § 113?

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

Nicht zu billigen ist die Ansicht Rehbeins [97]), daß der Begriff des Erwerbsgeschäfts im Gegensatz zu den Dienst- und Arbeitsverhältnissen so zu nehmen sei, wie die Praxis ihn für die §§ 5 und 6 des preußischen Gesetzes vom 12. Juli 1875 ausgebildet hat. Rehbein stützt sich dabei auf die Reichsgerichtsentscheidung vom 9. Juli 1891 [98]) und kommt zu dem Schluß, daß Erwerb durch künstlerische Tätigkeit nicht unter § 113 ,sondern unter § 112 falle. Denn wie die angeführte Reichsgerichtsentscheidung zum Ausdruck bringt, ist es nicht gerechtfertigt, die Bestimmung des § 6 des preußischen Gesetzes, die den Fall der Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses seitens der Minderjährigen betrifft, auf das Engagement eines Künstlers zu beziehen, der auf einer Bühne, die der Pflege der Kunst im höheren Sinne dient, in Rollen von nicht nur untergeordneter Bedeutung auftritt. Hier liegt der Kernpunkt in der Auffassung des Reichsgerichts: Dienste höherer Art sollen aus den Arbeitsverhältnissen ausgeschieden und unter dem § 5 betr. den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts subsumiert werden. Das Reichsgericht führt zur Unterstützung seiner Ansicht die Motive zu § 67 E I (jetzigen § 112) an unter besonderer Hervorhebung, daß ein Erwerbsgeschäft auch in Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes bestehen kann. Daß dies der Fall ist, haben wir bereits ausgeführt, es ist aber kein Argument dafür, daß künstlerische Tätigkeit immer als Erwerbsgeschäft i. S. des § 112 anzusehen ist. Man darf sich durch die reichsgerichtliche Entscheidung nicht, wie Rehbein es tut, dazu verleiten lassen, eine Unterscheidung in das geltende Gesetz hineinzutragen, die es bei der Regelung des Dienstvertrages bewußt abgelehnt hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Unterscheidung von verschiedenen Arten von Diensten grundsätzlich fallen lassen; Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein (§ 611, II BGB.)

Es ist also kein Grund vorhanden, die Tätigkeit eines Schauspielers, obwohl sie künstlerischer Natur ist, nicht in dem Bereich des § 113 unterzubringen; denn auf die Art des Dienstes kommt nichts an. Wie wir oben (S. 11) sahen, ist unter dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts die Tätigkeit als Leiter, als Prinzipal eines zum Erwerb dienenden Unternehmens zu

[97]) §§ 104—115 Anm. C I 5a.

[98]) RG. E. 28 S. 278.

verstehen. Prinzipal ist hier im weiteren Sinne zu nehmen: Es bedeutet mit Rücksicht auf wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit: eigener Herr sein in Bezug auf seine Arbeitskraft, sie innerhalb des Betätigungsfeldes nach eigenem Belieben verwenden zu können, ohne den Weisungen eines anderen folgen zu müssen.

Ein Arbeitsverhältnis liegt im Gegensatz dazu dann vor, wenn die Arbeitskraft so verwendet werden muß, wie ein anderer es wünscht. Ob und wie weit nun tatsächlich dieser andere von seinem Recht, durch seine Direktiven die Arbeitskraft desjenigen, der die Arbeit leistet, in bestimmte Bahnen zu lenken, Gebrauch macht, ist gleichgültig. Es muß nur die rechtliche Verpflichtung des die Arbeit Leistenden bestehen, etwaigen Anweisungen Folge zu leisten. Mitunter wird derjenige, für den die Arbeit zu leisten ist, gar nicht imstande sein, diese zu beeinflussen, z. B. dann, wenn es sich um Arbeit handelt, welche mit Fachkenntnissen notwendig verbunden ist. Aber es handelt sich in einem solchen Falle nur um eine tatsächliche, nicht um eine rechtliche Freiheit des Arbeitsleistenden in Bezug auf seine Arbeitsleistung.

Für den Schauspieler bestehen beide Möglichkeiten: er ist Herr seiner Arbeitsleistung, wenn er als sog. „Gast“ in selbstgewählter Rolle auf der Bühne des Theaterunternehmers auftritt; seine Arbeitsleistung ist als abhängige zu bezeichnen, wenn er zu dem Theaterunternehmer in einem Verhältnis steht, auf Grund dessen er den Anordnungen des Theaterunternehmers Folge zu leisten verpflichtet ist. Auf den Fall des ermächtigten Minderjährigen abgestellt, muß man also sagen: im ersteren Falle liegt Tätigkeit i. S. eines Erwerbsgeschäfts des § 112 BGB. vor, im letzteren aber ein Arbeitsverhältnis i. S. des § 113 BGB..

Kehren wir nun zu dem eingangs erwähnten Beispiel des Fremdenführers zurück. Zur Entscheidung der damit in Verbindung gebrachten Frage ist zu sagen: es muß an Hand des konkreten Falles entschieden werden, ob es sich um ein selbständiges oder unselbständiges Tätigwerden des Führers handelt, ob er Herr in der Verwertung seiner Arbeitskraft ist oder ob er in der Anwendung derselben den Anordnungen der zu Führenden Folge leisten muß. Allgemein läßt sich die Frage nicht entscheiden.

## § 4.

## Der Arbeitslohn des nach § 113 ermächtigten Minderjährigen.

### A. Das Lohneinzugsrecht des gesetzlichen Vertreters (die konkurrierende Vertretungsmacht)

Der nach § 113 ermächtigte Minderjährige ist dank seiner erweiterten Geschäftsfähigkeit befugt, den Anspruch auf seinen Lohn selbständig geltend zu machen, insbesondere ihn auch selbständig einzuziehen. Es ist nun die Frage zu entscheiden, ob neben dem ermächtigten Minderjährigen auch der gesetzliche

Vertreter rechtlich in der Lage ist, den Lohn einzuziehen. Für die nachfolgende Untersuchung kommt natürlich nicht in Frage, daß der gesetzliche Vertreter als gewillkürter Vertreter zur Empfangnahme des Lohnes auftritt, sondern es handelt sich darum, ob er in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter den Lohn des Minderjährigen einziehen kann.

Es ist eine lebhaft umstrittene Frage, ob der Minderjährige, dem die Ermächtigung erteilt ist, in Dienst oder Arbeit zu treten, und der somit für die Rechtsgeschäfte, die in den Rahmen dieser Ermächtigung fallen, unbeschränkt geschäftsfähig ist, auch in Bezug auf eben diese Rechtsgeschäfte von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten werden kann. Daß der Minderjährige infolge seiner partiellen Geschäftsfähigkeit die in den Rahmen dieser Geschäftsfähigkeit fallenden Rechtsgeschäfte auch selbst vornehmen kann, ist bereits erwähnt worden. Ob aber nun die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen für die Rechtsgeschäfte, für die er unbeschränkt geschäftsfähig ist, überhaupt gänzlich ausgeschlossen ist oder ob sie daneben konkurrierend bestehen kann, das ist die Frage, die im folgenden untersucht und entschieden werden soll.

A. Schefold [99]) vertritt die Meinung, daß gesetzliche Vertretung eines Minderjährigen, der geschäftsfähig, d. h. soweit er geschäftsfähig ist, etwas juristisch Unmögliches sei. Er sagt: „Gesetzliche Vertretung besteht für eine Person, die wegen mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht fähig ist, selbst Rechtsgeschäfte bezw. Rechtsgeschäfte bestimmter Art abzuschließen, und die nicht fähig ist, ihre Sache vor Gericht zu führen." Daraus folgert Schefold weiter, daß eine gesetzliche Vertretung eines Minderjährigen ausgeschlossen sei, soweit dieser nach Maßgabe des § 113 geschäftsfähig ist. Er stellt sogar den Grundsatz auf, daß es eine gesetzliche Vertretung des Geschäftsfähigen nicht gibt, und versucht an Hand mehrerer Beispiel nachzuweisen, daß dieses Prinzip sich im bürgerlichen Recht tatsächlich bemerkbar macht. Wenn Schefold behauptet, daß die gesetzliche Vertretung Minderjähriger im Rahmen ihrer Geschäftsfähigkeit nicht möglich sei, weil gesetzliche Vertretung nur bei mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit zulässig ist, so kommt er zu seiner Behauptung u. E. durch eine falsche Schlußfolgerung. Daß für Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte gesetzliche Vertretung besteht, geht aus den Bestimmungen des Gesetzes hervor, aber daraus läßt sich umgekehrt nicht ohne weiteres der Schluß ziehen, daß die gesetzliche Vertretung beim Vorliegen der Geschäftsfähigkeit unmöglich sei.

Wenden wir uns nunmehr den von Schefold angeführten Beispielen zu.

a) Zunächst folgert Schefold das Bestehen des Prinzips der Unmöglichkeit gesetzlicher Vertretung Geschäftsfähiger aus dem Umstand, daß der Ehemann nicht als gesetzlicher Vertreter der Frau für diese prozessieren könne, weil die Frau durch die Ehe ihre unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nicht verliere und demgemäß auch nach § 52 II ZPO. prozeßfähig sei. Darum bestimme § 1380

[99]) in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 305ff.

BGB. ausdrücklich, daß der Mann ein zum eingebrachten Gut der Frau gehörendes Recht im eigenen Namen geltend machen könne.

Diese Bestimmung des § 1380 zum Beweise der Unmöglichkeit gesetzlicher Vertretung bei bestehender Geschäftsfähigkeit heranzuziehen, ist abwegig, denn sie ist aus ganz anderen Gründen gegeben worden. Der Mann soll nicht im Namen der Frau kraft seines Verwaltungsrechts prozessieren können, weil er dann mittelbar in der Lage wäre, durch die Art der Prozeßführung über die im § 1380 in Rede stehenden Rechte zu verfügen. Das Urteil müßte nämlich unter diesen Umständen für und gegen die Frau unbeschränkt wirken [100]). Das ist die Gefahr, die durch die Vorschrift des § 1380 BGB. vermieden werden soll. Ein anderer Grund für die Bestimmung, daß der Mann im eigenen Namen prozessieren kann, ist der, daß das selbständige Verwaltungsrecht des Ehemanns bezüglich des Ehegutes nicht unnötig beschränkt werden solle, was der Fall sein würde, wenn der Mann zur gerichtlichen Geltendmachung eines zum eingebrachten Gut gehörenden Rechtes immer der Zustimmung der Frau bedürfte [101]).

Ueberhaupt läßt sich aus dem Umstand, daß die Bestimmung des § 1380 existiert, nicht der Schluß ziehen, daß gesetzliche Vertretung beim Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit unmöglich sei; denn diese eine Bestimmung kann man nicht als Beleg für ein das bürgerliche Recht beherrschendes Prinzip ansehen.

b) Ist dies eben angeführte Beispiel Schefolds aus dem Grunde nicht am Platze, weil es sich zum Beweise eines Grundsatzes auf eine einzelne Gesetzesbestimmung stützt, so krankt das folgende Beispiel daran, daß es auf eine Sonderbestimmung des Prozeßrechts Bezug nimmt. Der für einen Gebrechlichen oder Abwesenden bestellte Pfleger hat nach § 1917 BGB. die Stellung eines Vormunds, und dieser ist auch befugt, für den Vertretenen Prozesse zu führen. Mit dem Hinweis auf die Fiktion des § 53 ZPO., nach welcher Bestimmung im Falle der Vertretung einer prozeßfähigen Person durch einen Pfleger eine nichtprozeßfähige Person fingiert wird, ist nichts für die Behauptung gewonnen, daß eine gesetzliche Vertretung Geschäftsfähiger auf dem Gebiet der bürgerlichrechtlichen Rechtsgeschäfte nicht möglich sei. Denn dieses von Schefold angeführte, dem Prozeßrecht entnommene Beispiel kann nicht ohne weiteres auf die bürgerlichen Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden. Man darf auch ferner nicht verkennen, daß es sich um eine Spezialvorschrift handelt, die durch ihre Notwendigkeit nicht zu umgehen war, mithin einen besonderen Umstand regelt, und auch schon deshalb nicht als Beweis für die Behauptung Schefolds herangezogen werden kann.

c) In seinem dritten Beispiel geht Schefold auf die stark umstrittene rechtliche Stellung des Konkursverwalters ein und erwähnt dabei auch die Stel-

---

[100]) Planck, Familienrecht § 1380 Anm. 1.
[101]) Planck, ebda.
Staudinger, Familienrecht 1 § 1380 Anm. 1.

lungnahme des Reichsgerichts in dieser Frage. Er führt aus, daß das Reichsgericht zu dem Ergebnis gelangt sei, daß der Konkursverwalter deshalb nicht gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners sein könne, weil gesetzliche Vertretung eines Geschäftsfähigen nicht denkbar sei. Es ist wohl richtig, daß das Reichsgericht auf dem Standpunkt steht, daß der Konkursverwalter nicht gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners ist, sondern selbständiges Organ des Konkursverfahrens. Daß das Reichsgericht in dieser bestrittenen Frage auf dem erwähnten Standpunkt steht, ist nicht von Belang, von Wichtigkeit ist vielmehr nur die Begründung, auf welche das Reichsgericht seine Ansicht stützt. Schefold behauptet, das Reichsgericht argumentiere so: „Weil gesetzliche Vertretung eines Geschäftsfähigen nicht denkbar sei". Das ist aber nicht die Begründung des Reichsgerichts, wie sie sich in der Entscheidung Bd. 29 S. 29 darbietet. Das Reichsgericht wendet sich gegen die Vertretertheorien, die in Bezug auf die Rechtsstellung des Konkursverwalters bestehen, im allgemeinen, weil mit Hilfe dieser Theorien nicht zu einer einheitlichen Konstruktion der Stellung des Konkursverwalters zu gelangen sei. Diese lasse sich nur dadurch gewinnen, „daß man in dem Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Konkurszweckes erblickt, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt". Gegen die Ansicht, daß der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners sei, wendet sich das Reichsgericht im besonderen noch mit der Begründung, daß diese Theorie keine gesetzliche Grundlage habe und auch eine Reihe von Erscheinungen in der dem Konkursverwalter gesetzlich zugewiesenen Stellung nicht erklären könnte, z. B. daß der Konkursverwalter Rechtshandlungen des Gemeinschuldners wegen Benachteiligung der Gläubiger und ebenso Rechtshandlungen des Gemeinschuldners aus der Zeit nach der Konkurseröffnung als nichtig anfechten darf, wozu dem Gemeinschuldner selbst die Berechtigung fehlen würde. Weiter zählt das Reichsgericht noch an Gründen auf, daß der Konkursverwalter mit dem Gemeinschuldner über dessen etwaige Ansprüche an die Masse Prozeß führen kann, ferner, daß er den Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides zwingen darf. Alle diese Befugnisse sind mit der Eigenschaft eines Vertreters unvereinbar, und weil auch den übrigen Vertretertheorien Mängel anhaften, deshalb, so argumentiert das Reichsgericht, ist es geboten, den Konkursverwalter als ein selbständiges Organ des Konkursverfahrens zu betrachten und nicht als Vertreter des Gemeinschuldners. Schefold irrt also in seiner Behauptung, daß das Reichsgericht den Konkursverwalter deshalb als selbständiges Organ betrachte, weil gesetzliche Vertretung eines Geschäftsfähigen nicht denkbar sei.

d.) Was nun das vierte von Schefold angeführte Beispiel betrifft, so muß wiederum gesagt werden, daß, wenn auch der § 1984 BGB. betreffs des Nachlaßverwalters die Vorschriften der §§ 6 und 7 der Konkursordnung entsprechend angewendet wissen will, sich darum doch die übrigens auch bestrittene Stellung des Nachlaßverwalters nicht zum Belege des von Schefold behaupteten Grundsatzes ohne weiteres heranziehen läßt. Zunächst handelt es sich bei § 1984 wieder um eine gesetzliche Einzelbestimmung, aus der sich Prinzipielles

nicht herleiten läßt; ferner aber wird auch die Meinung vertreten, daß der Nachlaßverwalter eben doch der Vertreter des Erben ist. Staudinger [102]) hält den Nachlaßverwalter für den gesetzlichen Vertreter des Erben, allerdings mit der Einschränkung, daß er den Erben zwar nicht in persönlicher Beziehung vertritt und in vermögensrechtlicher nur so weit, als der Nachlaß in Frage kommt. Aber der Nachlaßverwalter ist berufen zur Ausübung und Erfüllung der den Nachlaß bildenden Rechte und Pflichten, ein Umstand, der, wie Staudinger richtig behauptet, nicht möglich wäre, wenn der Nachlaßverwalter nicht in dieser Hinsicht als Vertreter des Erben erscheinen würde. Auch Leonhard, [103]) der im übrigen auf dem Standpunkt steht, daß der Nachlaßverwalter nicht Vertreter des Erben, sondern amtlicher Verwalter ist, gibt zu, daß die Ansicht der Stellvertretereigenschaft des Nachlaßverwalters wissenschaftlich haltbar ist. Binder [104]) vertritt mit allem Nachdruck die Meinung, daß der Nachlaßverwalter Stellvertreter des Erben sei, weil die Handlung des Nachlaßverwalters in bezug auf den Nachlaß den Erben als Subjekt des Nachlasses unmittelbar in dem Nachlaß treffen. Daraus ist die Stellvertretereigenschaft des Nachlaßverwalters zu folgern.

Es entspricht also nicht den Tatsachen, daß das Gesetz den Nachlaßverwalter nicht als gesetzlichen Vertreter angesehen wissen will.

B. Bezüglich der Behauptung Schefolds, die gesetzliche Vertretung Geschäftsfähiger sei eine juristische Unmöglichkeit, sei auf die Schlüsselgewalt der Ehefrau hingewiesen. Die Ehefrau ist nach § 1357 berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Es handelt sich hier um gesetzliche Vertretung in einem Falle, wo der Vertretene normalerweise unbeschränkt geschäftsfähig ist.

Die gesetzliche Vertretung einer unbeschränkt geschäftsfähigen Person findet sich im Gesetz übrigens auch noch an einer anderen Stelle. Ein Volljähriger ist z. B. wegen Trunksucht entmündigt worden, später aber ist der die Entmündigung aussprechende Beschluß infolge einer Anfechtungsklage wieder aufgehoben worden. Der Entmündigte, dessen Rechtsgeschäfte während der Dauer der Entmündigung von seinem gesetzlichen Vertreter abgeschlossen wurden, wird durch die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses wieder voll geschäftsfähig, er bedarf also eines gesetzlichen Vertreters nicht mehr. Was wird nun aber aus den Rechtsgeschäften, die der gesetzliche Vertreter während der Dauer der Entmündigung abgeschlossen hat? Es wäre ein unbilliges und für den Vertragsgegner schlechthin untragbares Ergebnis, wenn sie hinfällig würden. Darum bestimmt das Gesetz in § 115, Abs. I Satz 2 ausdrücklich, daß die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der Aufhebung der Entmündigung nicht

---

[102]) Bd. V § 1975 Anm. 4 A d.

[103]) Erbrecht § 1975 Anm. 2.

[104]) Rechtsstellung des Erben II S. 106.

beeinträchtigt wird. Hier wirkt die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters also noch fort, obwohl der Vertretene wieder voll geschäftsfähig geworden ist. Dies ist ein weiteres Argument gegen die Behauptung Schefolds.

C. Nachdem nun festgestellt ist, daß das von Schefold behauptete Prinzip der Unmöglichkeit gesetzlicher Vertretung bei vorhandener Geschäftsfähigkeit in Wahrheit nicht besteht, wenden wir uns nunmehr wieder im besonderen der Frage der konkurrierenden Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters beim Vorliegen der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen im Rahmen des § 113 zu.

1. Es wird die Behauptung vertreten, daß der gesetzliche Vertreter zur Einwirkung auf das Gebiet, für welches der Minderjährige geschäftsfähig ist, nicht mehr befugt sei. Weil eine ausdrückliche Bestimmung hierüber im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorhanden ist, wird dies dem Umstand entnommen, daß der Minderjährige, der geschäftsfähig bzw. soweit er geschäftsfähig ist, des Schutzes durch seinen gesetzlichen Vertreter nicht mehr bedürfe und daß darum auch naturgemäß dessen Vertretungsmacht wegfallen müsse. [105]) Es ist aber nicht einzusehen, warum der Minderjährige deshalb, weil er geschäftsfähig ist, nicht mehr schutzbedürftig sei. Die Schutzbedürftigkeit eines Minderjährigen ist auch bei vorliegender Geschäftsfähgkeit vorhanden; denn mag er auch durch die Geschäftsfähigkeit mit gesetzlicher Macht, wie es das Vermögen der eigenen Geltendmachung seiner Ansprüche ist, ausgestattet sein, so liegt doch immer die Gefahr nahe, daß er durch äußere Umstände gezwungen wird, von dieser seiner Macht keinen Gebrauch zu machen. Der Minderjährige hat in vielen Fällen keine Erfahrung im Geschäftsleben, und er ist, was eine noch größere Rolle spielt, psychisch leicht beeinflußbar, eine Gefahr, die bei einem Arbeitsverhältnis besonders stark sich auswirken kann. Ein energischer und zugleich rücksichtsloser Arbeitgeber wird leicht in der Lage sein, einen minderjährigen Arbeitnehmer derart einzuschüchtern, daß er es nicht wagt, seine Ansprüche geltend zu machen. Ein Arbeitsverhältnis bewirkt seiner Natur nach eine ausgedehnte wechselseitige persönliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer; kein Vertragsverhältnis, wenigstens nicht im Obligationsrecht, berührt die Persönlichkeit in gleichem Maße, wie es das Arbeitsverhältnis gerade inbezug auf die Person dessen tut, der die Arbeit zu leisten hat. Letzterer ist natürlich nicht etwa persönlich abhängig von seinem Arbeitgeber; meistenteils aber ist er der wirtschaftlich schwächere Teil, und dieser Umstand führt erfahrungsgemäß zu einem tatsächlichen, zumindest aber moralischen Uebergewicht des Arbeitgebers, das sich dieser nach Belieben zunutze machen kann. Es ist dann in einem solchen Falle für den Minderjährigen von großem Nutzen, wenn sein gesetzlicher Vertreter in der Lage ist, für ihn handelnd auftreten zu können, um ihm sein Recht zu verschaffen. Aus eben diesem Grunde auch ist die gesetzliche Vertretung des Min-

[105]) Enneccerus I, 1 § 142 III 3.

derjährigen nicht, wie Oertmann [106]) behauptet, überflüssig, sie ist vielmehr geradezu ein Bedürfnis. Wenn Zirkel [107]) allerdings in diesem Zusammenhange nur darauf hinweist, daß im Rechtsleben keineswegs vereinzelt verschiedene Wege zu einem gemeinsamen Ziele führen, so genügt das allein zur Verteidigung der konkurrierenden Vertretungsmacht nicht; er hätte vielmehr noch auf das dringende Gebotensein dieser Duplizität hinweisen müssen.

2. Gegen das Bestreben der konkurrierenden Vertretungsmacht wird ferner angeführt, daß aus der Ausdrucksweise des Gesetzes auf ihre Unmöglichkeit geschlossen werden muß. [108]) Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes kann man aber u. E. gerade das Gegenteil schließen. Es ist von einer Ermächtigung die Rede; eine Ermächtigung aber schließt nicht die Abtretung der Vertretungsrechte des gesetzlichen Vertreters an den vertretenen Minderjährigen in sich, sondern ermächtigt eben nur, wie das Wort schon sagt, den Minderjährigen, auch selbständig handeln zu können, während der gesetzliche Vertreter nach wie vor befugt bleibt, Vertretungshandlungen vorzunehmen. [109]) Wenn Mayer [110]) allerdings dem gesetzlichen Vertreter deshalb die Befugnis, für den Minderjährigen zu handeln, zugesteht, weil die Ermächtigung eine im allgemeinen erteilte Einwilligung sei, so irrt er mit seiner Begründung. Den Gedanken eines Generalkonsenses hat das Gesetz, wie oben erwähnt, bewußt ausgeschlossen.

3. Es sei jetzt auf die Behauptung eingegangen, daß es aus praktischen Gründen nicht dienlich sei, die konkurrierende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bestehen zu lassen [111]). Aus praktischen Gründen: d. h. man will der Gefahr von Kollisionen und Unsicherheiten entgehen, die daraus entstehen könnten, daß der gesetzliche Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft abschließt, das ein von dem Minderjährigen geschlossenes durchkreuzt. Aber diese Gefahr liegt im Falle des § 113 nicht sehr nahe. Selbst Oertmann, [112]) der im übrigen der Meinung ist, daß die konkurrierende Vertretungsmacht nicht besteht, gibt zu, daß sie im Falle des § 113 „minder widersinnig sein würde, als nach § 112". Daß sie durchaus nicht widersinnig ist, ist in den obigen Darlegungen gezeigt worden. Daß auch im Falle des § 113 Kollisionen entstehen können, sei zugegeben, aber sie werden selten sein. Crome [113]) weist zudem auf einen Ausweg hin, der darin besteht, daß bei Eintritt von Kollisionen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen so zu verfahren sei, wie wenn eine und dieselbe Person die kollidierenden Geschäfte abgeschlossen hätte.

---

[106]) § 113 Anm. 5 c.
[107]) Jur. Woch. 1911 S. 633.
[108]) Enneccerus a. a. O.
[109]) Zirkel a. a. O.
[110]) Bl. f. Rechtsanw. Bd. 65 S. 209.
[111]) Enneccerus a. a. O.
[112]) Oertmann § 113, Anm. 5 c.
[113]) Crome, Bd. I S. 370.

4. Für das Vorhandensein der konkurrierenden Vertretungsmacht spricht auch der Umstand, daß es nirgendwo im Gesetz eine Bestimmung gibt, die das freie Kindesvermögen, welches das Kind durch seine Arbeit erwirbt, anders behandelt wissen will als die übrigen Fälle, in denen freies Kindesvermögen eine Rolle spielt. Das Gesetz kennt Kindesvermögen, das von der Vermögensverwaltung und demgemäß auch von der Vertretung ausgeschlossen ist. Der Erwerb gemäß § 113 fällt nicht hierher. Die bezüglich des Erwerbes aus einem Erwerbsgeschäft gemachte Ausnahme ist mangels eines zwingenden Grundes hier nicht am Platze. Der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bringt es unbedingt mit sich, daß Kapitalien zum Weiterbetrieb verwendet werden, aber eine derartige Verwendung von Kapitalien kommt für den zu Dienst oder Arbeit ermächtigten Minderjährigen nicht in Frage. Es macht sich also hier kein Ausschluß von der Vermögensverwaltung des gesetzlichen Vertreters und demgemäß auch nicht von der Vertretung desselben notwendig. Der Ausschluß der Vertretungsmacht wird hier aus der Geschäftsfähigkeit des Kindes gefolgert; Geschäftsfähigkeit aber schließt die gesetzliche Vertretungsbefugnis nicht aus.

5. Es sei ferner auf einen Umstand hingewiesen, der das Bestehen der konkurrierenden Vertretungsmacht als durchaus wünschenswert und notwendig erscheinen läßt. Der Vater würde von seiner Stellung als Oberhaupt der Familie außerordentlich einbüßen, wenn er die Vertretungsbefugnisse gegenüber dem Minderjährigen, der durch die Ermächtigung teilweise unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, verlöre. Oberhaupt der Familie muß der Vater auch einem solchen Minderjährigen gegenüber bleiben. Im Zusammenhange damit steht, daß bei den Beratungen der zweiten Kommission ein Antrag abgelehnt wurde, der dahin ging, dem Kinde vom sechzehnten Lebensjahre ab einen Teil des Erwerbes aus einem selbständigen Erwerbsgeschäft oder seiner Arbeit zur freien Verfügung zu überlassen.[114] Abgelehnt wurde der Antrag aus dem Grunde, weil aus der Geltendmachung dieses Anspruches, ja auch schon durch die bloße Möglichkeit der Anrufung des Gerichts, die elterliche Autorität geschwächt werde. Das ist ohne weiteres einleuchtend und kann auch zur Verteidigung der konkurrierenden Vertretungsmacht herangezogen werden. Ihr Fehlen könnte unter Umständen eine schwere Erschütterung der Autorität mit sich bringen; denn es ist immer eine Gefahr des Entstehens einer Respekts- und Rücksichtslosigkeit den Eltern gegenüber vorhanden, wenn der Minderjährige sich sagen darf: in dieser Angelegenheit hat mein Vater nichts zu bestimmen.

6. Im Rahmen der Betrachtung der konkurrierenden Vertretungsmacht sei einiges über die Geschäftsfähigkeit des § 113 gesagt. Sie ist nicht so zu verstehen, daß der Minderjährige nunmehr die auf einen bestimmten Kreis von Geschäften beschränkte Stellung eines Volljährigen hat, sondern sie besteht lediglich aus der Begabung des Minderjährigen mit der dem gesetzlichen Vertreter als solchem zustehenden Geschäftsfähigkeit. Es ist also nicht angebracht, von einer „kleinen Emanzipation“ zu reden, wie Crome[115]) es tut,

---

[114]) Mugdan, Protokolle IV S. 977.

[115]) Crome, Bd. I S. 369 Anm. 44.

oder von einer inhaltlich beschränkten Volljährigkeitserklärung,[116]) weil dem Minderjährigen grundsätzlich nicht mehr an Befugnissen zusteht als seinem gesetzlichen Vertreter. Man kann daher mit Recht behaupten, daß die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen keine selbständige, keine aus dem Minderjährigen selbst herausgewachsene, sondern eine von dem gesetzlichen Vertreter abgeleitete ist.[117]) Darum darf man dem Ermächtigungsgeber die Befugnis nicht nehmen, seinerseits auch auf dem Rechtsgebiet als Stellvertreter handelnd auftreten zu können, für das der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig ist. Denn auch die Vollmacht schaltet die Kompetenz des Vollmachtgebers nicht aus, die Ermächtigung aber ist ein der Vollmacht verwandtes Verhältnis.[118])

7. Schließlich kann für das Vorhandensein der konkurrierenden Vertretungsmacht noch der Umstand dienen, daß der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung des § 113 jederzeit zurücknehmen oder einschränken kann. Die partielle Geschäftsfähigkeit geht dem Minderjährigen natürlich mit der Zurücknahme der Ermächtigung derselben für das Gebiet verloren, auf das sich die Einschränkung bezieht. Es wird nun die Meinung vertreten,[119]) daß in einem Eingreifen des gesetzlichen Vertreters in Angelegenheiten, die zu der partiellen Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen gehören, schon ein Widerruf oder eine Einschränkung der Ermächtigung liegen könne. Auf diese Weise kommt man zu dem Ergebnis, daß der gesetzliche Vertreter eben doch Angelegenheiten des ermächtigten Minderjährigen besorgen kann, und zwar in beliebigem Umfange, wie es bei der konkurrierenden Vertretungsmacht auch der Fall ist. Letztere hat aber den Vorteil, daß nicht erst eine Zurücknahme oder Einschränkung der Ermächtigung in das Tätigwerden des gesetzlichen Vertreters hineinkonstruiert zu werden braucht, und man somit der schwierigen Abgrenzung behoben wird, inwieweit denn nun eigentlich in dem Handeln des gesetzlichen Vertreters eine Einschränkung der Ermächtigung zu erblicken ist.

Die oben angestellten Erörterungen führen also zu dem Ergebnis, daß die konkurrierende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters besteht und daß letzterem auf Grund derselben die Befugnis zusteht, den Lohn des in einem Arbeitsverhältnis stehenden ermächtigten Minderjährigen einzuziehen.

## B. Die rechtlichen Beziehungen des Minderjährigen zu dem vom gesetzlichen Vertreter eingezogenen Lohn.

Welches sind nun aber die rechtlichen Beziehungen des Minderjährigen zu seinem von dem gesetzlichen Vertreter eingezogenen Lohn? Ist der Minderjährige Eigentümer in Ansehung des Lohnes geworden, oder muß man dies als ausgeschlossen erachten, weil er bei der Einziehung des Lohnes überhaupt

---

[116]) Planck, § 113, Anm. 1 i. V. m. § 112 Anm. 1.

[117]) Pfaefflin S. 4; Zirkel a. a. O.

[118]) Zirkel a. a. O.

[119]) RGR. K. § 113, 1; Eberhard, Randglossen.

nicht in Funktion getreten ist und weder an dem rechtlichen Akt der Einigung noch an dem tatsächlichen Akt der Übergabe persönlichen Anteil hatte? Man kann die Frage nicht ohne weiteres beantworten. Einigung und Übergabe haben, wenn der Lohn von dem gesetzlichen Vertreter eingezogen worden ist, doch offenbar zwischen dem Arbeitsherrn des Minderjährigen und dem gesetzlichen Vertreter stattgefunden, und letzterer hat den Minderjährigen in den zum Eigentumserwerb notwendigen Erfordernissen der Einigung und Entgegennahme (wie man hier vom Standpunkt des Erwerbers die Uebergabe nennen muß) vertreten.

Die Frage, ob sich der Erwerber bei der Einigung vertreten lassen kann, ist in der Literatur nicht bestritten.[120]) Es ist hier das Prinzip der direkten Stellvertretung nach § 164 BGB. maßgebend. Nach dieser Vorschrift wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es ist gleichgültig, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll. Es kommt also nicht darauf an, ob der gesetzliche Vertreter bei der Entgegennahme der Lohnzahlung ausdrücklich im Namen des Minderjährigen handelt oder nicht. Aus seiner Stellung und dem Umstand, daß er die Lohnforderung des Minderjährigen einzieht, geht zur Genüge hervor, daß die Willenserklärung betreffs der Einigung im Namen des Minderjährigen erfolgt. Außerdem ist das für die Lohnzahlung in Betracht kommende Kausalgeschäft, der Arbeitsvertrag, ein rechtsgeschäftlicher Akt des Minderjährigen. Wenn nämlich das Kausalgeschäft im Namen des Vertretenen abgeschlossen ist, so ist dies ein weiterer Umstand zugunsten der Annahme, daß auch die Einigung über den Eigentumsübergang im Namen des Vertretenen erfolgen soll.[121]) In noch stärkerem Maße muß dies gelten, wenn das zugrundeliegende Kausalgeschäft, wie es hier der Arbeitsvertrag ist, von dem vertretenen Minderjährigen selbst abgeschlossen ist.

Der vertretene Minderjährige ist aber dadurch, daß er bei der Einigung über den Eigentumserwerb von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten worden ist, noch nicht zum Eigentümer des Lohnes geworden. Staudinger[122]) irrt u. E. mit der Behauptung, daß das Eigentum unmittelbar mit dem Traditionsakt des Veräußerers an den Vertreter auf den Vertretenen übergeht. Letzterer muß vielmehr weiter noch in ein Besitzverhältnis zu der zu erwerbenden Sache gelangen. Dies bringt uns zu der Frage nach der Stellvertretung beim Besitzerwerb. Nach dem geltenden Recht hat der Grundsatz der Stellvertretung beim Besitze keine allgemeine Geltung mehr, es gibt keine Stellvertretung im Besitz und kann sie nicht geben, weil der Besitz ein tatsächliches Verhältnis ist.[123]) Nur dann wird der Vertretene auch Besitzer, wenn der Vertreter ihn zum mittelbaren Besitzer macht oder zum unmittelbaren Besitzer kraft eines Besitzdiener-

---

[120]) RGR. K. § 929 Anm. 3; Soergel § 929; Warneyer § 929 Anm. V.

[121]) Biermann § 929 Anm. 3.

[122]) § 929 IV 2 b, $\alpha$.

[123]) RGR. K. § 929, 3 und § 854, 5.

verhältnisses.[124]) Im letzteren Falle kann man von einer Stellvertretung beim Besitzerwerb reden; denn hier erlangt durch die Besitzergreifung des Vertreters der Vertretene den unmittelbaren Besitz,[125]) beim mittelbaren Besitz hingegen liegen die Verhältnisse anders. Unter Verschaffung des Besitzes ist immer die des unmittelbaren Besitzes, der tatsächlichen Gewalt, zu verstehen. Diese aber hat beim mittelbaren Besitz immer der Besitzmittler, und darum kann er nicht als Stellvertreter beim Besitz erscheinen. Hat der gesetzliche Vertreter den Lohn eingezogen, so hat er ihn in seine tatsächliche Gewalt bekommen, und er ist darum als Besitzer anzusehen. Er hat nicht als Stellvertreter des Minderjährigen beim Besitzerwerb gehandelt und vertritt ihn auch nicht nach dem erfolgten Erwerbe, weil Besitzerwerb und Besitz tatsächliche Vorgänge sind, die, abgesehen von dem Falle der Besitzdienerschaft, eine Stellvertretung unmöglich machen.

Durch die Stellvertretung in der Einigung kann der Vertretene in der Folge gegebenenfalls höchstens mittelbarer Besitzer werden, der Vertreter aber Besitzmittler.[126]) Beide aber gelten als Besitzer und keiner als Stellvertreter des andern.

Der mittelbare Besitz liegt gemäß § 868 BGB. dann vor, wenn jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. In einem solchen Falle ist auch der andere Besitzer.

Liegt aber ein Besitzmittlerverhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Minderjährigen in Ansehung des vom Vertreter eingezogenen Lohnes vor? Der Wortlaut des § 868 BGB. scheint dem entgegenzustehen. Betrachtet man die dort aufgeführten Verhältnisse, so sieht man, daß es alles solche sind, bei denen der Besitz von dem mittelbaren Besitzer an den Besitzmittler gekommen ist. Es wird dies auch als eine allen den im § 868 BGB. angeführten Verhältnissen notwendig anhaftende gemeinsame Voraussetzung angesehen.[127]) Daraus wird der Schluß gezogen, daß der mittelbare Besitz bedingt sei durch die Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz, daß aber niemals mittelbarer Besitz entstehen könne aus einer selbständigen Handlung des Besitzmittlers. Man spricht darum auch von einem „anvertrauten Besitze".[128]) Wäre dies aber tatsächlich immer der Fall, so würde dadurch die Bedeutung des mittelbaren Besitzes stark herabgemindert werden. Staudinger[129]) stellt als Forderung auf, daß es genügen müsse, daß das Besitzgrundverhältnis als Ganzes und allgemein gedacht von dem mittelbaren Besitzer sich ableitet. Das heißt mit

---

[124]) RGR. K. § 929, 3.
[125]) RGR. K. § 854, 5.
[126]) Biermann § 854 Anm. 7.
[127]) Crome III § 345.
[128]) Strohal, Sachbesitz, S. 20.
[129]) Staudinger, § 868 I 2 b.

anderen Worten: irgendeine Beziehung muß zu dem mittelbaren Besitzer bestehen, nur ist eben nicht erforderlich, daß eine Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz erfolgt. Eine Beziehung des Besitzmittlers zu dem mittelbaren Besitzer entsteht schon durch den Umstand, daß der Besitzmittler immer auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers erwirbt.[130]) Bei den im § 868 angeführten Verhältnissen ist es der Besitz selbst. Im übrigen aber kann man sich auch eine andere Vermögensminderung des mittelbaren Besitzers denken, die z. B. darin besteht, daß er eine Forderung verliert.[131]) Dies muß als vorliegend erachtet werden, wenn der gesetzliche Vertreter die dem Minderjährigen zustehende Lohnforderung einzieht, denn dadurch verliert der Minderjährige sein Forderungsrecht gegen seinen Arbeitsherrn. In einem solchen Falle liegt dann ein Besitzmittlungsverhältnis in Ansehung des Lohnes zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Minderjährigen vor. Es herrscht zwar in der Literatur Streit über die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei den gesetzlichen Vertretern, ob sie Besitzmittler oder Besitzdiener seien, jedoch ist, was für uns in Frage kommt, die Stellung des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormunds als gesetzlichen Vertreters im besonderen nicht bestritten. Sie werden fast übereinstimmend als Besitzmittler angesehen [132]). Es wäre auch mit der Stellung des Vaters oder Vormundes unvereinbar, wenn man sie als Besitzdiener des Kindes hinstellen wollte. Es ist schlechterdings nicht möglich, daß der Vater als Besitzdiener, wie es § 855 vorschreibt, den Weisungen seines Kindes als Besitzherrn Folge leisten oder sich z. B. die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache von dem Kinde jederzeit entziehen lassen müßte. Das wäre ein vollständig widersinniges Ergebnis. Daneben aber wird auch die Auffassung vertreten, daß alle gesetzlichen Vertreter weder Besitzmittler noch Besitzdiener seien, sondern daß sie lediglich den Besitz der vertretenen Personen, die allein Besitzer seien, betätigten [133]). Diese Anschauung findet aber im Gesetz keine Stütze. Mit „stillschweigend gewollten Paragraphen" zu operererieren, wie es diese Ansicht tut, ist nicht zu empfehlen und könnte zu unheilvollen Konsequenzen führen. Die „Besitzbetätigung" als rechtliches Sondergebilde wird schon durch den Begriff des Besitzes ausgeschlossen. Besitz ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, und wer dieselbe hat, hat eben auch den Besitz, sodaß der Begriff der Besitzbetätigung als unhaltbar erscheinen muß.

Man kommt also zu folgendem Ergebnis: Hat der gesetzliche Vertreter den Lohn des Minderjährigen eingezogen, so ist er in Ansehung des Lohnes

---

[130]) Staudinger, ebenda u. Leonhard, Stellvertretung S. 61.

[131]) Staudinger und Leonhard a. a. O.

[132]) RGR. K. § 854 Anm. 5 und § 868 Anm. 3; Biermann § 868 Anm. 4; Staudinger § 868 Anm. III 2 d; Soergel § 868 Anm. II; Warneyer § 868 Anm. 2; Cosack-Mitteis II. Bd. § 11; Enneccerus 2, 1 § 8 I 1, c; Achilles-Greiff § 868 Anm. 5.

[133]) Förtsch in Gruch. Beitr. 1899 S. 545. Ullmann, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 315/16.

Besitzmittler des von ihm vertretenen Minderjährigen, und letzterer ist demzufolge auch Besitzer. Daraus ergibt sich als weitere Konsequenz zur Beantwortung der eingangs gestellten Frage, daß der Minderjährige auch Eigentümer des von seinem gesetzlichen Vertreter eingezogenen Lohnes geworden ist.

Der von dem gesetzlichen Vertreter eingezogene Lohn unterfällt der Vermögensverwaltung. Der Meinung, daß die Verwaltungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters ausgeschlossen sein soll über das von dem zur Eingehung von Arbeitsverträgen ermächtigten Minderjährigen Erworbene, soweit der Erwerb in den Umkreis der im § 113 bezeichneten Geschäfte [134]) fällt, kann hier nicht beigetreten werden. Zur Erläuterung dieser Meinung diene das von Schefold angeführte Beispiel, nach welchem der Barlohn, den das Kind in Händen hat, der elterlichen Verwaltungsmacht unterworfen ist, nicht hingegen die Lohnforderung. Es ist nicht einzusehen, warum dies so sein sollte. Die Weiterverfügung über den gemachten Erwerb gehört bei dem zu Dienst und Arbeit ermächtigten Minderjährigen, anders als bei dem zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigten, niemals zu den Rechtsgeschäften, für die er unbeschränkt geschäftsfähig ist. Darum kann unbedenklich auch die Lohnforderung des Minderjährigen als dem Verwaltungsrecht des gesetzlichen Vertreters unterfallend angesehen werden. Das Geld in der Tasche des Kindes ist lediglich die realisierte ehemalige Lohnforderung, die Zahlung und deren Annahme ist für das Verhältnis des gesetzlichen Vertreters zum Kinde eine irrelevante Tatsache, und es wäre verwunderlich, wenn das Vermögen des Kindes ohne ersichtlichen Grund nur in einer einzelnen Phase unter die Vermögensverwaltung des gesetzlichen Vertreters fiele. [135]) Da also der in bar gezahlte Lohn ohne Zweifel der Vermögensverwaltung des gesetzlichen Vertreters unterliegt, gleichgültig ob der Lohn an diesen oder an den Minderjährigen selbst gezahlt ist, so ergibt sich, daß der gesetzliche Vertreter den Lohn, wenn er ihn nicht schon als gesetzlicher Vertreter eingezogen hat, auf Grund seines Verwaltungsrechts auch dem Minderjährigen fortnehmen und in seinen Besitz überführen kann. Denn Besitz setzt das Verwaltungsrecht voraus, sonst könnte der gesetzliche Vertreter dem Recht und der Pflicht der Verwaltung nicht gehörig nachkommen. Enthält das Gesetz auch keine Bestimmung über den Inhalt der Vermögensverwaltung, so läßt sich doch, wie oben (S. 17) bereits erwähnt, aus dem Sinne des Wortes schließen, daß sie in Erhaltung, Verwertung und Vermehrung innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Schranken ihre Erfüllung findet. Der gesetzliche Vertreter hat also die Handlungen vorzunehmen, die zur unversehrten Erhaltung des Kindesvermögens notwendig sind, insbesondere hat er alle Schädigungen nach Möglichkeit abzuwehren. [136]) Geld muß er, soweit er es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten hat, mündelsicher anlegen, also in Hypotheken,

---

[134]) Enneccerus II, 2 § 81 II; Schefold i. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 94 S. 307.

[135]) Zirkel, Jur. Woch. 1911, S. 634.

[136]) Knischky § 11.

Staatspapieren usw., oder er muß es, wenn eine solche Anlegung den Umständen nach nicht möglich ist, bei der Reichsbank, einer Staatsbank oder einer anderen durch Landesgesetz für geeignet erklärten Bank hinterlegen. (§ 1642 i. V. m. § 1807, 1808 BGB.). Namentlich aus dem Begriff der Erhaltung und Vermehrung des Kindesvermögens geht hervor, daß der Vater zur ordnungsgemäßen Durchführung der hierzu notwendigen Geschäfte den Besitz an den betreffenden Vermögensstücken haben muß. Hinsichtlich der Nutzungen des freien Kindesvermögens und des Ertrages der Arbeit des Kindes ist noch zu sagen, daß diese in erster Linie zum Unterhalt des Kindes vom Vater verwendet werden können. [137]) Nach § 1602 II kann ein minderjähriges, unverheiratetes Kind erst dann von den Eltern die Gewährung des Unterhalts verlangen, wenn die Einkünfte seines Vermögens und der Ertrag seiner Arbeit zu seinem Unterhalt nicht ausreichen. Daß die Einkünfte des freien Vermögens und der Ertrag der Arbeit des Kindes herangezogen werden, bevor die Nutzungen des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Kindesvermögens und schließlich auch das eigene Vermögen der Eltern selbst für den Unterhalt des Kindes in Anspruch genommen wird, entspricht der Billigkeit und dem Zwecke der Nutznießung. [138])

Abschließend ist bezüglich des von dem ermächtigten Minderjährigen verdienten Lohnes zu sagen, daß der gesetzliche Vertreter selbstverständlich auch dem Minderjährigen den Lohn gemäß §§ 1644, 110 BGB. zur freien Verfügung überlassen kann. Aber unbedingt notwendig ist es nicht, und insbesondere ist es nicht aus dem Umstand herzuleiten, daß der Lohn zum freien Vermögen des Minderjährigen gehört. [139]). Freilich hat Rehbein recht, wenn er sagt, daß eine Überlassung des Lohnes an den Minderjährigen oft angezeigt erscheinen wird, namentlich wenn dieser weit entfernt vom Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters seiner Arbeit nachgeht. In erster Linie aber ist zu fordern, daß der gesetzliche Vertreter kraft seines Vertretungs- und insbesondere Verwaltungsrechts den Lohn einziehen kann und dem Minderjährigen nur einen angemessenen Teil überläßt; wobei als angemessen je nach der Höhe des Lohnes und anderer obwaltender Umstände, etwa, wenn der Minderjährige sich einmal größere Anschaffungen machen muß, auch die vielleicht nur einmalige Überlassung des ganzen Lohnes erscheinen kann. Der gesetzliche Vertreter soll sowohl kraft der ihm verbleibenden Vertretungsmacht den Minderjährigen in dessen eigenem Interesse vertreten können, als auch kraft des Verwaltungsrechts bezüglich des Lohnes im besonderen befugt sein, die Ausstattung des Minderjährigen mit Geldmitteln regulieren zu können.

---

[137]) v. Tiff § 14; Staudinger § 1602 Anm. 2 g; Opet-Blume § 1602 Anm. 2 c.

[138]) v. Tiff a. a. O.

[139]) Rehbein zu §§ 104—115 Anm. C I, 5 b.

## § 5.

## Kann der gesetzliche Vertreter die Geschäftsforderungen des nach § 112 ermächtigten Minderjährigen einziehen?

Nachdem im vorigen Paragraphen die Frage nach der Befugnis des gesetzlichen Vertreters, den Lohn des nach § 113 ermächtigten Minderjährigen einzuziehen, bejaht worden ist, soll nunmehr untersucht werden, ob der gesetzliche Vertreter auch Forderungen des zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigten Minderjährigen, also vor allem Kaufpreisforderungen, statt des Minderjährigen seinerseits einziehen kann. Voraussetzung hierfür ist, daß auch hier neben der Geschäftsfähigkeit des ermächtigten Minderjährigen die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters besteht.

Bezüglich der Behauptung, daß gesetzliche Vertretung eines Minderjährigen, der geschäftsfähig bzw. soweit er geschäftsfähig ist, etwas juristisch Unmögliches sei, kann auf § 4 A dieser Abhandlung verwiesen werden. Das Prinzip der Unmöglichkeit gesetzlicher Vertrtetung bei vorliegender Geschäftsfähigkeit des Vertretenen besteht, wie schon hervorgehoben, in Wahrheit nicht. Es kann infolgedessen auch hier nicht behauptet werden, daß die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters in bezug auf die Rechtsgeschäfte, für die der nach § 112 ermächtigte Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig ist, deshalb nicht bestehen könne, weil eben letzterem die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit für diesen Kreis von Rechtsgeschäften durch die Ermächtigung zuteil geworden ist.

Betrachtet man aber das Bestehen der konkurrierenden Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters im Rahmen des § 112 nach ihrem praktischen Gebotensein und ihrer tatsächlichen Auswirkung, so wird man nicht zu denselben Ergebnissen gelangen wie bei § 113. Im einzelnen sei folgendes gesagt:

a.) Eine Schutzbedürftigkeit des zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigten Minderjährigen wird nicht in dem gleichen Maße bestehen wie bei dem zum Eintritt in ein Arbeitsverhältns ermächtigten. Der Gefahr psychischer Beeinflussung des Minderjährigen, die bei einem Arbeitsverhältns besonders stark sich auswirken kann, muß beim Betrieb eines Erwerbsgeschäfts als ausgeschlossen erachtet werden. Zunächst einmal berühren die entstehenden Vertragsverhältnisse nicht, wie der Arbeitsvertrag, die Persönlichkeit des Kontrahenten, und es fällt daher das Moment der größeren wirtschaftlichen Stärke nicht ins Gewicht; ferner aber ist nicht zu übersehen, daß die Minderjährigen, die zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ernächtigt sind, auch ihrer Persönlichkeit nach in der Regel des Schutzes nicht so dringend bedürftig sind, als es bei den zu Dienst und Arbeit ermächtigten Minderjährigen der Fall sein kann.

Ist der Minderjährige seiner Persönlichkeit nach nicht geeignet, ein Erwerbsgeschäft selbständig zu führen, ist er z. B. geschäftlich ungewandt, nicht energisch und umsichtig genug, so wird ihm eben der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung nicht erteilen, sondern seinerseits den Geschäftsbetrieb im Namen des Minderjährigen führen. Bei der Erteilung der Ermächtigung des

§ 113 aber wird nicht in allen Fällen die persönliche Geeignetheit des Minderjährigen berücksichtigt werden können. Mitunter wird die Ermächtigung gegeben, weil es erforderlich ist, daß der Minderjährige Geld verdient; ob er geschäftlich gewandt und energisch genug ist, seine Rechte im erforderlichen Maße durchsetzen zu können, wird sehr häufig nicht in den Kreis der Erwägungen gezogen werden können.

Ist also der zum selbständigen Geschäftsbetrieb ermächtigte Minderjährige nicht in dem Maße schutzbedürftig, daß er der Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter unbedingt bedürfe, so muß andererseits auch beachtet werden, daß die konkurrierende Vertretungsmacht hier auch nicht erwünscht und zweckmäßig erscheint.

b.) Der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts besteht fast ganz in der Schließung von Verträgen. Aus praktischen Gründen [140]) muß man daher die konkurrierende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ausschließen; denn die durch sie bedingte Gefahr von Unsicherheiten und Kollisionen darf hier nicht unterschätzt werden. Es muß auf einen zweckmäßigen und intensiven Betrieb des Erwerbsgeschäfts hemmend und störend einwirken, wenn der Minderjährige ständig mit der Möglichkeit rechnen muß, daß sein gesetzlicher Vertreter wissentlich oder unwissentlich kollidierende Rechtsgeschäfte abschließen kann und vielleicht auch tatsächlich abschließt. Die sich ergebenden Unklarheiten treffen natürlich auch das Interesse des Gegenkontrahenten, und dieser würde geringe Lust zeigen, mit einem ermächtigten Minderjährigen in Geschäftsverbindung zu treten, dessen Willenserklärungen durch solche des gesetzlichen Vertreters durchkreuzt, umgestaltet und aufgehoben werden können. Der von Crome [141]) im Kollisionsfalle gewiesene Ausweg löst die Frage rechtlich wohl in der richtigen Weise und hat im Falle des § 113, wo Kollisionen selten sind, auch seinen praktischen Wert, aber im Falle des Betriebes eines Erwerbsgeschäftes kann dem Verkehrsleben mit seiner Forderung nach möglichst klarer Sachlage und tunlichst schneller und reibungsloser Abwicklung der Rechtsgeschäfte nicht dadurch Genüge geleistet werden, daß es einen Ausweg bei kollidierenden Rechtsgeschäften gibt, sondern es muß verlangt werden, daß Kollisionen überhaupt vermieden werden. Das wird dadurch erreicht wird, daß im Rahmen des § 112 die konkurrierende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters als überflüssig ausgeschlossen wird, was umso unbedenklicher getan werden kann, als sie hier wegen Fehlens der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen auch gar nicht notwendig ist und mit ihrem Vorhandensein durch die Möglichkeit des Herbeiführens von Kollisionen dem Minderjährigen eher schaden als nützen würde.

c.) Gegen das Vorhandensein der konkurrierenden Vertretungsmacht spricht auch der Umstand, daß der von Minderjährigen anläßlich des Betriebes des Erwerbsgeschäfts gemachte Erwerb nicht von vornherein und nicht seinem ganzen Umfange nach unter die Vermögensverwaltung des gesetzlichen Vertreters fällt (ob. S. 16). Nur der Erwerb, der von dem ermächtigten Minder-

---

[140]) Enneccerus I, 1 § 142 III 3.

[141]) Crome I S. 370.

jährigen nicht zum Weiterbetriebe des Erwerbsgeschäfts verwendet wird, unterfällt der Vermögensverwaltung. Diese ist also bezüglich des Erwerbes aus dem Betriebe eines Erwerbsgeschäftes eine beschränkte; insbesondere muß man sagen, daß sie sich nicht, wie auf die Lohnforderung, auf die Forderungen aus dem Geschäftsbetriebe erstreckt, da der durch Flüssigwerden der Forderungen erlangte Erwerb ja teilweise oder auch ganz zum Weiterbetrieb des Erwerbsgeschäfts, also innerhalb der Schranken der partiellen Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen von letzterem verwendet werden kann.

Da also die konkurrierende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters des zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigten Minderjährigen aus den oben angeführten Gründen als ausgeschlossen erachtet werden muß, insbesondere weil auch die Vermögensverwaltung des gesetzlichen Vertreters bezüglich des Erwerbes eine beschränkte ist und sich, was besonders hervorgehoben werden muß, nicht auf die Forderungen erstreckt, so muß man zu dem Schluß gelangen, daß der gesetzliche Vertreter nicht befugt ist, die Geschäftsforderungen des Minderjährigen in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter geltend zu machen. Dies Recht steht vielmehr dem Minderjährigen allein zu.

## § 6.

## Die Stellung des Vormundschaftsgerichts und des gesetzlichen Vertreters kraft elterlicher Gewalt in bezug auf die Ermächtigung des § 113.

Wenn der Vormund als gesetzlicher Vertreter dem Minderjährigen die Erteilung der Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, verweigert, so kann die verweigerte Ermächtigung auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ersetzen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt. Diese Bestimmung des § 113 III ist durch den Reichstag in das Gesetz eingefügt worden.

In der zweiten Lesung des Gesetzes [142]) wurden zwei Anträge bezüglich des § 87 E. II (jetzigen § 113) auf Einfügung eines neuen Absatzes gestellt. Der eine Antrag lautete:

> „Ist die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters nicht zu verschaffen oder verweigert der gesetzliche Vertreter die Genehmigung ohne genügenden Grund und zum Nachteile des Arbeiters, so kann die Gemeindebehörde, in deren Bezirk der Minderjährige zuletzt seinen dauernden Aufenthalt hatte, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ergänzen“.

---

[142]) s. Bericht d. 12. Kommission d. Reichstags vom 12. Juni 1896. Mugdan I S. 965.

Der zweite Antrag, der im Falle seiner Ablehnung bereits eine andere, der Bestimmung des Absatzes 3 unseres § 113 gleichlautende Fassung vorschlug, hatte folgenden Wortlaut:

„Verweigert der Vertreter die Ermächtigung ohne ausreichenden Grund, so kann sie auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Der Vertreter kann die Ermächtigung in einem solchen Falle nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurücknehmen oder einschränken".

Diese beiden Anträge wurden damit begründet, „daß es notwendig sei, dem Minderjährigen gegen grundlose Verweigerung der Erlaubnis, in Dienst oder Arbeit zu treten, Schutz zu gewähren." Von seiten der Regierung und aus der Mitte der Kommission aber wurde eingewendet, daß die durch diese beiden Anträge dem Vater und der Mutter auferlegte Beschränkung mit der elterlichen Stellung unvereinbar sei. Die beiden Anträge wurden abgelehnt, die von dem zweiten Antrag vorgeschlagene Eventualfassung, die auch ins Gesetz übergegangen ist, wurde angenommen. Es hat sich also der Standpunkt durchgesetzt, daß man die elterliche Gewalt hinsichtlich der Erteilung der Ermächtigung nicht beschränken dürfe, obwohl eingewendet worden war, daß gerade dem Vater entgegengetreten werden müsse, wenn er dem Kinde aus Eigennutz, um es in der eigenen Wirtschaft weiter zu verwenden, den Eintritt in fremde Dienste untersage.

Die elterliche Gewalt ist nun in der Tat eine Einrichtung, die Beschränkungen nur schwer verträgt und vor diesen tunlichst zu bewahren ist. Sie ist nach der grundsätzlichen Auffassung des Gesetzes ein Fürsorgeamt. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 1627 BGB.: kraft der elterlichen Gewalt hat der Vater das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Wohl steht der Gewalthaber unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, die sich insbesondere darin dokumentiert, daß dem Gewalthaber die Fürsorge für die Person des Kindes, die Vermögensverwaltung und die Nutznießung entzogen werden kann (§§ 1666, 1670 BGB.), daß ihm die Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses (§ 1667 BGB.) oder die Leistung von Sicherheit (§ 1668 BGB.) aufgegeben werden kann, aber eins bleibt zu beachten: das Amt der Fürsorge wird dem Inhaber der elterlichen Gewalt nicht durch das Vormundschaftsgericht übertragen [143]). Daher tritt auch die Obervormundschaft des Staates nicht als Quelle der elterlichen Gewalt, sondern nur als ihre Beschränkung auf, und zwar nur in den Fällen, in denen das Wohl des Kindes ein Einschreiten des Vormundschaftsgericht unbedingt erheischt. Denn für den Inhaber der elterlichen Gewalt besteht grundsätzlich Selbständigkeit [144]), eine Selbständigkeit, in die ohne Not nicht eingegriffen werden soll. Der Inhalt der elterlichen Gewalt besteht in dem Recht und der Pflicht der Sorge für die Person des

---

[143]) [144]) Opet-Blume, Vorbem. 8 vor §§ 1626 ff.: „Das Amt der Fürsorge des Inhabers der elterlichen Gewalt ist von Gottes Gnaden".

Kindes, einschließlich der gesetzlichen Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten, ferner in dem Recht und der Pflicht der Sorge für das Vermögen des Kindes, einschließlich der gesetzlichen Vertretung des Kindes in Vermögensangelegenheiten, und schließlich noch in dem Recht der Nutznießung an dem Vermögen des Kindes [145]).

Was zur Sorge für die Person zu rechnen ist, kann natürlich bei dem großen Umfang dieses Gebietes vom Gesetz nicht auch nur annähernd erschöpfend aufgezählt werden [146]), ganz abgesehen davon, daß die Fürsorge zufolge ihrer natürlich-sittlichen Natur auch nicht geeignet ist, durch Gesetzesregeln ihrem ganzen Umfange nach festgelegt zu werden. Es gehört natürlich insbesondere dazu das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen und zu beaufsichtigen, aber eben schon daraus erwächst die Besorgung einer solchen Menge von Angelegenheiten, daß man die Unmöglichkeit ihrer Aufzählung wohl einsehen muß.

Die Erteilung der Ermächtigung an das Kind, in Dienst oder Arbeit zu treten, sowie die Zurücknahme und Einschränkung dieser Ermächtigung gehört, wie leicht einzusehen sein wird, auch zur Sorge für die Person des Kindes [147]). Ursprünglich sollte dies ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen werden, jedoch wurde der dahingehende, in der Reichstagskommission gestellte Antrag als selbstverständlich abgelehnt [148]).

Ein Eingriff in die Sphäre der elterlichen Gewalt ist, wie oben schon gesagt, nur dann möglich, wenn das Wohl des Kindes es unbedingt erheischt. Das Gleiche gilt natürlich auch für die Fürsorge betreffs der Person des Kindes, denn sie ist ein Teil der elterlichen Gewalt. Das Gesetz ist daher in der Darbietung der Möglichkeit eines Eingriffs äußerst vorsichtig, es stellt zunächst ziemlich hohe Anforderungen bezüglich der Voraussetzungen für einen solchen Eingriff und schont auch bei tatsächlichem Vorliegen dieser Voraussetzungen nach Möglichkeit die Integrität der persönlichen Fürsorge des gesetzlichen Vertreters. Die Entziehung der Sorge für die Person wird erst als letztes Mittel geboten. Geregelt ist diese Materie im § 1666 I BGB.

Voraussetzung für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist geistige oder leibliche Gefährdung des Kindes, hervorgerufen durch:

a). Mißbrauch des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes,
b). Vernachlässigung des Kindes,
c). ehrloses oder unsittliches Verhalten des Vaters.

Im Rahmen unserer Abhandlung interessiert die Frage, ob die grundlose Verweigerung der Erteilung der Ermächtigung seitens des Vaters die Möglichkeit des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts zur Folge haben kann.

---

[145]) Staudinger, Vorbem. 3 vor §§ 1626ff.

[146]) Die Bestimmungen der §§ 1631—33 geben nur einen kleinen Ausschnitt wieder.

[147]) Staudinger IV, 2, Vorbem. 4 vor §§ 1631—1637.

[148]) Mugdan IV, S. 1253.

Im einzelnen ist hierzu folgendes zu bemerken:

Die Verweigerung der Ermächtigung muß sich zunächst als Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes oder als Vernachlässigung des Kindes darstellen. Ehrloses oder unsittliches Verhalten des Vaters bleibt hier natürlich außer Betracht.

a). Als Beispiele für einen Mißbrauch der Sorge für die Person führen die Motive [149]) an: Mißhandlung des Kindes, Verleitung desselben zum Bösen, Bestimmung des Kindes zu einem den Neigungen, Fähigkeiten oder den sonstigen Verhältnissen desselben nicht entsprechenden Beruf. Es ist auch hier zu bemerken, daß in gleichem Maße, wie nicht bestimmt aufgezählt werden kann, was eigentlich zum Recht der Sorge für die Person des Kindes gehört, dies auch für die Möglichkeit eines Mißbrauchs dieses Rechts gilt, die entsprechend dem Umfang dieses Rechtsgebiets in mannigfaltigster Hinsicht gegeben sein kann. Deshalb können auch die von den Motiven angeführten Beispiele nur richtunggebend, aber bei weitem nicht erschöpfend sein. Ein Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person kann überall da vorkommen, wo der Vater kraft dieses umfangreichen Rechts Einfluß auf das Kind ausüben kann. Die Erteilung der Ermächtigung an das Kind, in Dienst oder in Arbeit zu treten, gehört mit zu den Angelegenheiten, die Gegenstand der Sorge für die Person des Kindes darstellen; das Recht der Erteilung steht dem Vater zu, verweigert er die Erteilung ohne Grund, so steht, falls die Erteilung im Interesse des Kindes geboten war, der Annahme nichts im Wege, daß die Verweigerung einen Mißbrauch dieses Rechts darstellt. Auf die Art des Mißbrauchs kommt nichts an, es braucht insbesondere kein „schwerer“ zu sein [150]). Wenn man nun auch im Falle der Verweigerung der Erteilung der Ermächtigung seitens des Vaters einen Mißbrauch des Fürsorgerechts als vorliegend erachten kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß dieser Mißbrauch das Vormundschaftsgericht schon zum Eingreifen berechtigt. Denn dann wäre der Vater ja dem Vormund gleichgestellt. In des letzteren Befugnisse kann das Vormundschaftsgericht, falls der Vormund die Erteilung der Ermächtigung, die im Interesse des Mündels liegt, ohne rechtlichen Grund verweigert, einschreiten, die Ermächtigung also gemäß § 113, III auf Antrag des Mündels ersetzen. Verweigert also der Vormund die Ermächtigung, wenn der Mündel durch sie eine gute auskömmliche Stellung bekommen kann, was als im Interesse des Mündels liegend erachtet werden muß, so besteht für das Vormundschaftsgericht die Pflicht, gegen den Vormund in der Weise einzuschreiten, daß es dessen verweigerte Ermächtigung, falls nur der Mündel einen dahingehenden Antrag stellt, ersetzt [151]). Verweigert der Vater aber gedachte Ermächtigung, so besteht eine Möglichkeit des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts nicht, obwohl die Erlangung einer gewinnbringen-

---

[149]) Mugdan, Motive IV S. 426.

[150]) Mugdan, Protokolle IV S. 426; Staudinger § 1666 II B 1.

[151]) Vgl. OLG. Rspr. Bd. 9 S. 347.

den Stellung selbstverständlich auch hier im Interesse des Kindes liegt. Letzterer Umstand allein aber ist nicht ausreichend für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gegen den Vater.

Als erschwerende Voraussetzung für das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts muß nämlich als Folge des Mißbrauchs des persönlichen Fürsorgerechts des Vaters noch Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes hinzukommen. Die Tragweite dieser Voraussetzung soll man nicht verkennen: Der Vater kann also das Recht der Sorge für die Person des Kindes „mißbrauchen", wobei allerdings zu beachten ist, daß infolge des Umstandes, daß der Mißbrauch kein schwerer zu sein braucht, dieses „Mißbrauchen" i. S. von „nicht richtig anwenden" zu verstehen ist [152]); ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts wird damit noch nicht gerechtfertigt. Daß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet wird durch die nicht richtige Anwendung des persönlichen Fürsorgerechts, das ist das Entscheidende.

Im Hinblick auf unsere Betrachtung ist dazu zu sagen: Darin, daß das Kind infolge der verweigerten Ermächtigung die auskömmliche Stellung nicht bekommt, darin, daß durch die der Verweigerung entspringende Nichterlangung der Stellung im Interesse des Kindes nicht Rechnung getragen wird, liegt nicht ohne weiteres eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes. Eine solche kann aber durch die Verweigerung der Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, sehr wohl herbeigeführt werden, sie ist z. B. darin zu erblicken, daß das Kind in seinem Fortkommen behindert wird [153]). Das Kind kann sich dadurch, daß es infolge der Verweigerung der Ermächtigung nicht in der Lage ist, eine Stellung anzunehmen, keine Berufserfahrung aneignen, es kann sich keine Arbeitszeugnisse verschaffen, seine Erwerbsfähigkeit wird hinausgezögert, alles Umstände, die eine Gefährdung des späteren Fortkommens des Kindes bedeuten und somit auch eine Gefährdung des geistigen sowohl wie des leiblichen Wohls. Der Begriff der „Gefährdung" zwingt zu dem Schluß, daß eine tatsächliche und gegenwärtige Schädigung des Wohles des Kindes nicht vorzuliegen braucht, es genügt vielmehr, daß Umstände und Verhältnisse vorliegen, welche die Befürchtung einer geistigen oder leiblichen Schädigung des Kindes rechtfertigen [154]). Auch in unserem gedachten Falle kann die tatsächliche Schädigung erst in der Zukunft eintreten, die Gefährdung aber liegt schon im Zeitpunkt der Verweigerung der Ermächtigung und durch die Verweigerung vor. Betont werden muß aber noch, daß die bloße Möglichkeit einer späteren Schä-

---

[152]) Unlautere Gründe brauchen nicht zugrunde zu liegen; es genügt, daß der Vater ohne stichhaltige Gründe der besseren Einsicht sich nachhaltig verschließt. Vgl. OLG. Rspr. Bd. 30 S. 139.

[153]) s. OLG. Rspr. 30 S. 139.

[154]) Staudinger § 1666, II A 1; Enneccerus, Familienrecht § 83 Anm. 10.

digung die Annahme einer Gefährdung nicht rechtfertigt [155]), die Schädigung muß vielmehr als sicher eintretend angesehen werden können.

b). Bezüglich des Punktes der Vernachlässigung des Kindes muß gesagt werden, daß diese oftmals einem Mißbrauch des persönlichen Fürsorgerechts entspringen wird und dann einen besonderen Tatbestand innerhalb des Rahmens des § 1666 BGB. gar nicht darstellt. So ist z. B. als Vernachlässigung des Kindes angesehen worden, daß der Vater die Gewährung der zur Vorbereitung zu einem bestimmten Beruf erforderlichen Mittel ohne rechtlichen Grund verweigert [156]), daß er die Einwilligung zum Dienst als Einjährig-Freiwilliger versagt [157]). Diese beiden Verweigerungen können aber ebenso auch als Mißbrauch des persönlichen Fürsorgerechts betrachtet werden, aus dem eine Vernachlässigung dann als sekundäre Folge erscheint. So ist es auch in unserem Falle der Verweigerung der Ermächtniserteilung, in Dienst oder Arbeit zu treten. Sie stellt sich, wie wir oben sahen, als Mißbrauch des persönlichen Fürsorgerechts heraus, sie kann aber auch eben, weil sie eine Gefährdung des Fortkommens des Kindes zur Folge hat, als Vernachlässigung des Kindes aufgefaßt werden.

Für unsere Betrachtung ist das gleichgültig. Die resultierende Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes aus der grundlosen Verweigerung der Ermächtigung seitens des Vaters gibt dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, gegen den Vater die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen.

Worin bestehen nun die „erforderlichen“ Maßnahmen und welche Grundsätze sind für das Anordnen derselben maßgebend? Um gleich die zweite Frage vorwegzunehmen, sei gesagt, daß die Anordnung der Maßnahmen im allgemeinen im Ermessen des Vormundschaftsgerichts liegt, welches sich dabei von dem Grundsatze leiten zu lassen hat, daß jedes Uebermaß von Einmischung in die inneren Familienverhältnisse zu vermeiden ist und in das Elternrecht nicht weiter eingegriffen werden darf, als das Wohl des Kindes es erfordert [158]). Getreu diesem Grundsatze wird das Vormundschaftsgericht zunächst versuchen, durch Ermahnung oder Verwarnung des Gewalthabers [159]) diesen zu bestimmen, die verweigerte Ermächtigung zu erteilen. Wenn dies nichts fruchtet, wird das Vormundschaftsgericht zu einer Beschränkung des persönlichen Fürsorgerechts des Vaters schreiten. So kann es (unter Belassung der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes) dem Vater die gesetzliche Vertretung in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten entziehen. Das ist in dem Fall, wo der

---

[155]) Staudinger ebda.

[156]) OLG. Rspr. Bd. 1 S. 450.

[157]) OLG, Rspr. Bd. 30 S. 139.

[158]) Staudinger § 1666 III.

[159]) Staudinger § 1666 III A 1.

Gewalthaber die verweigerte Ermächtigung trotz Ermahnung und Verwarnung nicht erteilt, die endgültig zum Ziele führende Maßnahme.

Die gesetzliche Vertretung des Kindes in den persönlichen Angelegenheiten geht aber mit der Entziehung nicht etwa vom Vater auf die Mutter über, denn die Verhinderung des Vaters in der Ausübung beruht ja nicht auf einem tatsächlichen (§ 1685 BGB.), sondern auf einem rechtlichen Grunde [160]). Der Minderjährige erhält vielmehr für die Besorgung der persönlichen Angelegenheiten einen Pfleger, der vom Vormundschaftsgericht von Amts wegen zu bestellen ist (§§ 1909, 1915 i. V. m. § 1774). Der Pfleger erteilt dann auf Grund seiner Vertretungsmacht, die sich auf die persönlichen Angelegenheiten des Minderjährigen erstreckt, diesem die von seinem Vater ohne rechtlichen Grund verweigerte Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten.

Aus oben Dargelegtem erhellt, daß es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, die vom gesetzlichen Vertreter kraft elterlicher Gewalt verweigerte Ermächtigung zu ersetzen. Nicht scharf genug kann betont werden, daß die Möglichkeit der Ersetzung überhaupt nur dann besteht, wenn die Verweigerung eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Minderjährigen zur Folge hat. Daher bleibt es zu überlegen, ob es nicht besser gewesen wäre, wenn entsprechend dem in der Reichstagskommission eingebrachten, aber abgelehnten Antrage auch die Möglichkeit, die vom Vater ohne rechtlichen Grund verweigerte Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht zu ersetzen, falls die Erteilung der Ermächtigung im Interesse des Minderjährigen liegt, geltendes Recht geworden und in den § 113 BGB. aufgenommen worden wäre, und ob es nicht de lege ferenda angezeigt ist, eine solche Bestimmung zu schaffen. Denn abgesehen davon, daß die Möglichkeit einer Ersetzung der Ermächtigung dann wesentlich vereinfacht ist, erscheint als ein praktisch sehr wenig befriedigender Umstand, daß nur dann die vom Vater verweigerte Ermächtigung ersetzt werden kann, wenn durch die Verweigerung das körperliche oder geistige Wohl des Minderjährigen gefährdet wird, und daß die Ermöglichung der Ersetzung nur auf dem Wege der Entziehung des Rechts der persönlichen Fürsorge herbeigeführt werden kann.

---

[160]) Staudinger § 1666 VII.

# Lebenslauf.

Am 13. Juli 1904 wurde ich als Sohn des Mittelschullehrers Hugo Förster und seiner Ehefrau Martha, geb. Kotze, zu Melle in Hannover geboren. Ich bin evangelischer Konfession.

Von Ostern 1910 bis Ostern 1913 besuchte ich die evangelische Volksschule zu Renninghausen, Kreis Hörde, und trat dann in die Sexta der Rektoratschule Kirchhörde zu Hombruch, Kreis Hörde, ein. Dort bestand ich Ostern 1918 die Schlußprüfung, die mir die Berechtigung zum Uebergang in die Untersekunda des Bismarck-Realgymnasiums zu Dortmund gab, wo ich Ostern 1922 das Reifezeugnis erhielt.

Vom 1. April 1922 bis 15. Oktober 1924 war ich als kaufmännischer Lehrling und Handlungsgehilfe auf dem Eisen- und Stahlwerk Hoesch zu Dortmund beschäftigt.

Im Wintersemester 1924 ließ ich mich bei der Juristisch-Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Leipzig immatrikulieren. Zum Wintersemester 1926 siedelte ich an die Universität Marburg über, wo ich bis zum Schluß des Sommersemesters 1928 bei der Juristischen Fakultät eingeschrieben war.

Am 10. Oktober 1928 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Oberlandesgericht Kassel, wurde durch Verfügung des Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten bei dem Oberlandesgericht Hamm vom 7. Dezember 1928 zum Referendar ernannt und der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Dortmund überwiesen.